J. a.

0
352

Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß.

von

D. Adolph Dieterich Weber,
Profeſſor zu Roſtock.

Halle,
in der Rengerſchen Buchhandlung. 1805.

Vorerinnerung.

Drei Fragen ſind es hauptſächlich, welche die Theorie des rechtlichen Beweiſes nach richtig zuvor beſtimmten Begriffen zu erörtern hat: 1) Was muß überhaupt vor Gericht bewieſen werden? 2) Wer muß den Beweis führen? 3) Wie wird er geführt? Die beiden erſten Fragen ſind eigentlich Gegenſtände dieſer Schrift. Sie ſchienen dem Verfaſ-

ſer vorzüglich, und nach dem, was bisher in unſerer Litteratur darüber geleiſtet worden iſt, mehr, als die Mittel und Formen der Beweisführung, womit es die dritte Frage zu thun hat, noch einer nähern Erörterung zu bedürfen.

Die Schwierigkeiten, welche häufig in der Anwendung vorkommen, wenn der Richter auf Beweis erkennen ſoll, brachten den Verfaſſer auf den Entſchluß, mit Beiſeiteſetzung aller Lehrmeinungen, die Natur der Sache und die Vorſchriften der Geſetze ſelbſt vor allen Dingen einmal zu Rathe zu ziehen. Vielleicht können die Reſultate dieſes Verſuchs einige Berichtigung bisheriger Grundſätze veranlaſſen, oder doch wenigſtens dazu beitragen, daß die Theorie in manchen Punkten mehr Feſtigkeit gewinne.

Eine

Vorerinnerung.

Eine vollſtändige Abhandlung der ganzen Lehre vom Beweiſe vor Gericht war nie in dem Plane des Verfaſſers. Seine Abſicht iſt, in einer Reihe zweckmäßig geordneter einzelner Aufſätze zur nähern Kenntniß, und Begründung der Obliegenheit des Beweiſes, ihrer Bedingungen, und was das Subjekt derſelben anbetrifft, einige Beiträge zu liefern. Sein Wunſch iſt erreicht, wenn er ſich ſagen darf, daß die Lehre von der Beweisführung, ſo weit hier davon die Rede iſt, durch dieſe Art der Behandlung in einigem Betrachte an Gründlichkeit gewonnen habe, und in ſtreitigen Sätzen etwas weiter gebracht ſey.

Nützlich ſchien es, ſchon aus Gründen, die in der Vorrede zu der Schrift: über Injurien u. ſ. w. bemerkt ſind, die Geſetzſtellen, worauf es ankam, meiſtens wörtlich anzufüh-

ren. An einer Vergleichung ſeiner Ausführung mit dem, was von Andern gelehrt worden iſt, hat es der Verfaſſer nicht fehlen laſſen. Doch glaubt er der Meinung ſeyn zu dürfen, daß bei Begriffen und Grundſätzen, die aus der Natur der Sache und geſetzlicher Beſtimmung geſchöpft ſind, auf andere Autoritäten wenig ankomme. Dies hat ihn mancher Citaten überhoben. Ausnahmen ſind indeß da, wo es nöthig ſchien, beſonders wenn irgendwo eine weitere Ausführung dem Leſer vorzüglich zu empfehlen war, durch zweckdienliche Nachweiſungen, allerdings gemacht worden.

Häufig ſind auch einzelne Rechtsfälle mit den darüber ergangenen Urtheilen angeführt. Sie können theils den vorgetragenen Grundſätzen zur Erläuterung, theils, da die Erfahrung

rung die beſte Probe der Theorien iſt, auch dazu dienen, die Prüfung jener Grundſätze, in wiefern ſie als richtig und erſchöpfend gelten können, deſto mehr zu erleichtern.

Roſtock, den 7ten März 1804.

Dr. A. D. Weber.

Inhalt.

I.

Allgemeine Begriffe — Quellen der Regeln für den Beweis und deſſen Führung — Ueberſicht der beſondern poſitiven Vorſchriften, welche hieher gehören. S. 3

1. 2. Bedeutung der Ausdrücke, beweiſen, Beweis, Beweisführung, Gegenbeweis. 3. Hauptzweck aller Beweisführung vor Gericht. 4. Laſt des Beweiſes — onus probandi. 5. 6. Allgemeine Angabe der Quellen, und Ueberſicht der poſitiven Anordnungen in Anſehung der gerichtlichen Beweiſe.

II.

Was muß bewieſen werden? S. 17

1. Nähere Beſtimmung der Frage. 2. 3. Das objektive Recht als ſolches iſt kein Gegenſtand der gerichtlich nothwendigen Beweisführung — Einige Einſchränkungen dieſes Satzes. — 4. Ueber den Unterſchied der bloß

bloß faktiſchen und Rechtsfragen; vorzüglich in wiefern jene ſelbſt durch das Geſetz ihre Beſtimmung erhalten. 5. Was Rechtens, nicht aber, was faktiſch iſt, darf der Richter von Amtswegen in den Verhandlungen der Parteien ergänzen. 6. Rechtsfragen können nicht als illiquid zur beſondern Ausführung verwieſen werden. 7. Rechtliche Wirkung des Urtheils, wodurch eine gewiſſe Thatſache zum Beweiſe verſtellt wird. 8. Nöthige Sorgfalt der Richter und Sachwälte in Anſehung deſſen, was eigentlich zur Begründung einer vorkommenden Klage und Einrede gehört. 9. Kann definitive erkannt werden, ſo findet kein Beweisinterlocut Statt. 10. Auch die freiwillige Beweisführung darf der Richter nicht zulaſſen, wenn ſie unerheblich iſt. 11. Gehörige Beſtimmung des Beweisſatzes. 12. Der Richter iſt keineswegs an die von den Parteien ſelbſt angeführten Fakta gebunden.

III.

Beſtimmung des Grundſatzes: Was ſchon erwieſen iſt, bedarf keines weitern Beweiſes — imgleichen über das Notoriſche. S. 38

1. Der geführte und rechtskräftig anerkannte Beweis macht förmliche Wahrheit, jedoch der Regel nach nur unter den ſtreitenden Theilen ſelbſt, nicht gegen einen Dritten. 2. Das Notoriſche ſoll keines Beweiſes bedürfen — Prüfung dieſes Satzes.

IV.

Ueber das Geſtändniß, und deſſen rechtliche Wirkung. S. 53

1. Begriff des Geſtändniſſes. 2. Deſſen Gegenſtände. 3. Glaubwürdigkeit überhaupt. 4. In wiefern es zu den

den Beweismitteln gehöre? 4—10. Wirkungen der Geſtändniſſe. 11. Widerruf oder Zurücknahme derſelben; 12—15. beſonders vom Irrthume der Advokaten und Anwalte. 16—18. Grundſatz: excipiens non confitetur. 19. Nöthige Vorſicht des Richters bei Berufungen einer Partei auf das Bekenntniß der andern, beſonders vom ſtillſchweigenden Geſtändniſſe. 20. Bedingte und qualificirte Geſtändniſſe.

V.

Ueber die Vermuthungen. S. 110

1. Begriff und Eintheilung. 2. Gründe der Vermuthung. 3. Nähere Beſtimmung der qualificirten oder Rechtsvermuthungen, und weſentliche Verſchiedenheit derſelben von der einfachen Vermuthung oder ſogenannten praeſumtio hominis. 4. Nöthige Vorſicht der Richter hiebei. 5. 6. 7. Nicht jede Vermuthung oder Wahrſcheinlichkeit, deren die Geſetze erwähnen, iſt darum ſchon als Rechtsvermuthung zu behandeln. Dieſe und andere Mißdeutungen der Geſetze ſind zu vermeiden. — 8. Daraus, daß den Rechten nach etwas nicht zu vermuthen iſt, läßt ſich noch keine Rechtsvermuthung für das Gegentheil herleiten. 9. 10. Dies wird durch die vermeinten Rechtsvermuthungen für das Pflichtmäßige, für die natürliche Freiheit, und für den rechtmäßigen Erwerb des Beſitzers näher erläutert. 11. Ueber den Beweis des Gegentheils einer Rechtsvermuthung. 12. Von der Colliſion der Vermuthungen.

VI.

Wer muß beweiſen?

1.

Angabe einer allgemeinen Regel und deren Begründung überhaupt. S. 154

1. 2. Regel und deren Rechtfertigung.

2.

Inhalt.

2.

Vergleichung mit einigen andern Grundſätzen. S. 157

3. 4. Beſonders der neuern Schriftſteller. 5. Ob der Beweis ſchwer oder leicht zu führen ſey, macht hier keinen Unterſchied. 6. 7. 8. Ueber den Satz: actori incumbit probatio.

3.

Widerlegung der Regel: Wer etwas bejahet, muß beweiſen, nicht der Verneinende. S. 187

9. 10. 11. Dieſe Regel findet immer noch ihre Anhänger, ſo unrichtig ſie auch iſt. Verneinende Sätze können und müſſen bewieſen werden; wie das unter andern bei der condictio indebiti, imgleichen dem Vorwande der Minderjährigen, daß die ihrem Vormund angeliehenen Gelder nicht in ihren Nutzen verwandt ſind, erläutert wird. 12. 13 Erklärung der Geſetzſtellen des Römiſchen und Canoniſchen Rechts, welche für die gedachte Regel angeführt zu werden pflegen. 14. 15. Von den verſchiedenen ältern und neuern Verſuchen den Satz durch nähere Beſtimmung und mancherlei Einſchränkungen aufrecht zu erhalten 16. Rechtsfälle, worin die Frage vom Beweiſe einer Verneinung vorkam.

4.

Nähere Erläuterung der allgemeinen Regel nach den einzelnen Forderungen derſelben. S. 239

17. Freiwillige Uebernahme der Beweisführung — Bedingungen der Schuldigkeit zu beweiſen. 18. 19. Was eigentlich zur Begründung eines Rechts u. ſ. w. gehört, muß bewieſen werden; dabei iſt ſorgfältig zu unter-

ſchei-

ſcheiden, was zum Grunde der Klage, der Einreden und fernern Vorträge zu rechnen iſt. 20. 21. 22. 23. 24. 25. Anwendung hievon auf diejenigen Fälle, in welchen über die Veranlaſſung eines Schadens und in wiefern Jemand dieſen zu verantworten habe, geſtritten wird. — 26. Beweis der Urſachen einer Enterbung. 27. Einrede des nicht erfüllten Contrakts. 28. Wem liegt der Beweis ob, wenn ſuis heredibus das beneficium abſtinendi wegen der Immixtion beſtritten wird; 29. imgleichen wenn ein Schuldner ſich gegen den Ceſſionar des Gläubigers auf das Anaſtaſianiſche Geſetz beruft. 30. 31. 32. Ferner wenn über die Gültigkeit eines Geſchäfts in Anſehung der Form ein Streit entſteht. 33. Ueber die Laſt des Beweiſes in Anſehung der Acceſſorien und Nebentheile einer Hauptſache. — 34. 35. Ueber die nöthige Vorſicht des Richters bei Abfaſſung des Beweiserkenntniſſes in Fällen der in dem Klagevortrag anticipirten Replik des Klägers, imgleichen der als Einrede vorgebrachten Beſtreitung des Klagegrundes und wiederum der in der Form eines bloßen Ableugnens vorgetragenen Einrede des Beklagten. 36. Von der exceptio rei non ſic ſed aliter geſtae. 37 — 40. In welcher Ordnung den Parteien die Beweisführung ihrer verſchiedenen Anträge der Reihe nach obliege. 41. Das Behaupten einer Sache iſt keineswegs eine weſentliche Bedingung der Verbindlichkeit, den Beweis zu führen. 42 — 45. Ueber die Beweisführung in Fällen des qualificirten Geſtändniſſes. 46. Ausnahmen von der allgemeinen Regel.

Ueber

Ueber
die Verbindlichkeit
zur
Beweisführung
im Civilprozeſſe.

I.

Allgemeine Begriffe — Quellen, woraus die Regeln für den Beweis und deſſen Führung zu ſchöpfen ſind — Ueberſicht der beſondern poſitiven Vorſchriften und Anordnungen, welche hieher gehören. —

Beweiſen heißt 1) überhaupt nichts anders, als Gründe anführen, woraus die Wahrheit eines Satzes zu erkennen iſt. In dieſer allgemeinen Bedeutung des Sprachgebrauchs ſind ſowohl Thatſachen, als Rechtsſätze die Gegenſtände des Beweiſes. Die Parteien können Beides in ihren Verhandlungen ausführen; aber auch der Richter beweiſet durch die Entſcheidungsgründe ſeines Urtheils, daß ſo, und nicht anders in der Sache erkannt werden mußte. In der Reihe der Prozeßhandlungen, wird 2) durch Beweiſen im **förmlichen** Ver-

ſtande die Handlung bezeichnet, da eine Partei rechtsgültige Gründe beibringt, um den Richter, als ſolchen, von einer Behauptung, die er ſonſt nicht als wahr anzunehmen hätte, zu überzeugen. In dieſem Verſtande iſt hier nur die Rede davon.

Der Römiſche Ausdruck: *probare* hat zwar eben dieſe doppelte Bedeutung, aber auch ſonſt noch verſchiedene andere, die eigentlich nicht hieher gehören, und allenfalls bei **Briſſonius** und **Gesner** weiter nachzuſehen ſind. Die Geſetze bedienen ſich auch bisweilen des Worts: *implere* als gleichbedeutend mit beweiſen, probare. (¹) Nach dem gewöhnlichen Gange des Prozeſſes iſt es vorzüglich der Kläger, von dem der Richter Beweiſe erwartet, daher die Worte: petitoris partibus fungi, beſonders auch auf das förmliche Beweiſen hindeuten (²).

Der

(¹) L. 19. L. 23. D. L. I. C. *de probationib.*

(²) L. 15. in fine D. *de Novi oper. nunc.* L. 14. D. de probat. L. 7. §. 5. D. de lib. cauſa. L. 8. §. 3. D. Si ſervit. pet. Dies wird in der Folge (VI.) noch näher erläutert.

Der Ausdruck **Beweis** bezeichnet **einmal** ſo 2
viel, als den Grund ſelbſt, oder den Inbegriff von Gründen, woraus die Wahrheit einer Behauptung gefolgert wird, — überhaupt alſo auch die Mittel, welche angewandt werden, um die Richtigkeit eines Satzes außer Zweifel zu ſetzen. Eigentlich und genau betrachtet kann freilich nur das ein Beweis genannt werden, wodurch eine Sache wirklich begründet wird. Was einen Satz nicht außer Zweifel ſetzt, iſt auch eigentlich kein Grund für die Wahrheit deſſelben. Man gebraucht aber den Ausdruck: Grund, auch in der Beziehung, da etwas als Grund vorgebracht wird, und ſo nennt man auch Beweiſe, was zum Zweck der rechtlichen Ueberzeugung des Richters in Prozeßſachen vorkommt. Daher die Redensarten: ich habe die ſtärkſten Beweiſe für mich, — die Beweisgründe des Gegners taugen nichts u. ſ. w., imgleichen die Eintheilung der Beweiſe in vollſtändige und unvollſtändige. In dieſer Beziehung kann daher nur von ungültigen Beweiſen, von falſis probationibus, die Rede ſeyn, ſo wie man unter Zeugen und Urkunden überhaupt Perſonen und Schriften verſteht, durch die man etwas glaubwürdig zu machen ſucht. Wollte man ſagen: durch die etwas bewieſen wird, oder,

oder, wie es in einigen Lehrbüchern heißt: ad fidem faciendam *idoneae*, ſo würden die Abtheilungen in fähige, unfähige und verdächtige Zeugen, in wahre und falſche Urkunden ſehr unſchicklich ſeyn. Im ſtrengern und eigentlichen Verſtande wird aber freilich zweitens durch Beweis die völlige Begründung einer Behauptung angedeutet, d. i. was eine Sache zur Gewißheit bringt, die Wahrheit derſelben außer Zweifel ſetzt. **Drittens** bezeichnet der Ausdruck Beweis auch eine Handlung, und zwar beſonders die Handlung des Beweiſens im förmlichen Verſtande, die man auch Beweisführung nennt, — actus probandi — d. i. die wirkliche Darſtellung oder Beibringung der Gründe für eine gewiſſe Behauptung — die Anwendung der Mittel, welche zur Ueberzeugung eines Andern, hier des Richters, abzwecken. In dieſem Verſtande ſagt man: auf Beweis erkennen, mir liegt der Beweis ob, den Beweis antreten, verſäumen, oder deſert werden laſſen (3 a). Wird der Beweis von

(3 a) Man vergleiche übrigens hiebei noch Walch über die Begriffe, welche mit den Wörtern Beweiſen, Beweismittel und Beweis verbunden werden; in deſſen und Martin's Magazin für den gem. Deutſch. bürgerl. Prozeß I. 1. 2. und Gönner's Reviſion des Be-

von einer Partei geführt, um das Gegentheil deſſen zu zeigen, was die andere eigentlich zu beweiſen ſucht, ſo heißt er Gegenbeweis ([3b]).

Die Beweiſe, welche in Rechtsſachen vor Ge- 3
richt geführt werden, haben die Bewirkung der rechtlichen Glaubwürdigkeit — veritas juridica ſ. forenſis — zur Abſicht. Sie werden geführt, nicht um den Gegner, der in den meiſten Fällen immer ungläubig bleiben würde, ſelbſt nicht um den Richter, als Menſchen, völlig zu überzeugen, ſondern ihr Zweck iſt ſchon erreicht, wenn die Wahrheit einer Behauptung mit Gründen unterſtützt iſt, die das Geſetz als hinreichend anerkannt hat, um eine vor Gericht geltende Gewißheit darauf zu bauen ([4]).

Der

Begriffs vom Beweiſe, mit den daraus abzuleitenden allgemeinen Grundſätzen; in ſeinem Handb. des Deutſch. gem. Proz. II. 32.

(3b) Wenn der Beklagte ſeine Einreden, oder der Kläger die Replik im eigentlichen Verſtande zu beweiſen ſucht, ſo iſt das kein Gegenbeweis, vielmehr dieſer alsdann in beiden Fällen dem Gegentheile freizulaſſen. Die Eintheilung in reprobationem directam et indirectam iſt an ſich falſch.

(4) J. F. Reitemeier's Wahrheit vor Gericht. Frankfurt 1802.

4 Der Ausdruck: **Laſt des Beweiſes, Beweislaſt**, onus probandi, iſt der Sache ſehr angemeſſen. Die gerichtliche Beweisführung hat, an ſich betrachtet, manche und große Schwierigkeiten, ſo ſehr auch die Geſetze geſucht haben, ſo weit es mit Recht geſchehen kann, ſie zu erleichtern. An den gewöhnlichen Beweismitteln durch Zeugen und Urkunden fehlt es in unendlich vielen Fällen; freilich ſehr oft durch eigne Schuld und Vernachläſſigung der Parteien, welche die wichtigſten Rechtsgeſchäfte abzumachen im Stande ſind, ohne dabei auf Beweiſe für die Fälle künftiger Streitigkeiten Bedacht zu nehmen; und wenn man auch überhaupt von jenen Mitteln nicht ganz verlaſſen iſt, wie leicht iſt nicht das darauf geſetzte Vertrauen getäuſcht, wie viel hängt dabei nicht von der Zeugen Redlichkeit, von ihrer Fähigkeit zu beobachten, das Wahrgenommene zu behalten, und andern mitzutheilen, von der Beſtimmtheit ihrer Ausſagen, von der Beurtheilung des Richters, und dem Gewiſſen des Gegners ab? Wie leicht kann eine Urkunde durch eidliche Ableugnung vernichtet, oder ihre Beweiskraft durch unrichtige Deutung vereitelt werden? Alles dieſes kann natürlich den Ausgang einer Streitſache, wenn ſie zum Beweiſe verſtellt wird, ſehr mißlich und ungewiß machen. Wer aber auch

hof-

hoffen darf, allen dieſen Schwierigkeiten glücklich zu entgehen, wird doch wenigſtens in dem Zeitverluſt, den die Beweisführung gewöhnlich nach ſich zieht, keine geringe Beläſtigung finden. Die Erfahrung lehrt daher, aber ſie rechtfertigt es auch zugleich, daß Parteien in der Verhandlung ihrer Rechtsſachen nichts ſo ſehr, als die Uebernehmung gerichtlicher Beweiſe zu vermeiden ſuchen, vielmehr alles anwenden, um dieſe Laſt von ſich auf ihre Gegner zu bringen. Bei den vielen Streitigkeiten, welche gerade hierüber zu entſtehen pflegen, iſt es alſo deſto nöthiger, daß es an gewiſſen Regeln und Grundſätzen nicht fehle, wonach dieſer Punkt in vorkommenden Fällen richtig zu entſcheiden ſey; und deſto weniger wird das Bemühen, hiezu Anleitung zu geben, einer weitern Rechtfertigung bedürfen.

Die Quellen, woraus dieſe Regeln für den Beweis und deſſen Führung überhaupt geſchöpft werden müſſen, ſind zunächſt die Vorſchriften der poſitiven Geſetze und Prozeßordnungen nach der bekannten Folge, wie ſie in Gerichten zur Anwendung kommen, und wo ſie für die vorkommenden Fälle keine Auskunft ertheilen, die Grundſätze, welche das Vernunftrecht nach der Natur der Sa- 5

che,

che, und die angewandte Logik an die Hand geben.

6 Die Unmöglichkeit in Thatſachen die Glaubwürdigkeit bis zur Evidenz und mathematiſchen Gewißheit zu bringen, die Gefahr, worin man in Rückſicht auf perſönliche Freiheit und Eigenthum, durch willkührliche Zumuthung der Beweiſe, durch übertriebenen Zweifel, Mißtrauen oder zu große Leichtgläubigkeit der Richter gerathen kann; alles dieſes mußte die Geſetzgebung ſehr bald veranlaſſen, dem Zweifel der Gerichte beſtimmte Gränzen anzuweiſen, die Objekte des Beweiſes, die Verbindlichkeit, ihn zu führen, die Beweisarten, und die Gründe der förmlichen Wahrheit überhaupt, ſo weit es thunlich iſt, genau zu beſtimmen. Käme es bloß darauf an, den Richter, **als Menſchen**, von der Wahrheit einer Behauptung zu überzeugen, ſo würde das Schickſal der Parteien ſehr übel daran ſeyn, und Mancher mit den bündigſten Beweisgründen den Unglauben der Richter nicht überwinden können, wenn dagegen ein Anderer mit den leichteſten Scheingründen bei einem Richter ſein Glück machte, den bald Leichtſinn, bald eine gewiſſe gutmüthige Denkungsart, bald Vorurtheile, perſönlicher Haß, oder leidenſchaftliche Zuneigung gegen

gegen dieſe oder jene Perſonen, bald Mangel an Einſichten oder Erfahrungen, nur zu leicht für oder wider eine Behauptung beſtimmen konnten. So weit es menſchlichen Anſtalten möglich iſt — und mehr muß und wird kein Vernünftiger hier erwarten — haben unſere Geſetze im Ganzen dieſen Uebeln vorzubeugen geſucht, und vor allen Dingen 1) den Richter in Anſehung deſſen, was bewieſen werden muß, nicht ganz ohne nähere Anweiſung gelaſſen, ihn dabei auf die Natur der Sache geleitet, die auch in den nicht beſtimmten Fällen ſeine Führerin ſeyn muß. Eben ſo ſind 2) die Regeln zur Beſtimmung der Frage: Wer den Beweis führen müſſe? aus den weſentlichen Verhältniſſen der Streitſachen vor Gericht geſchöpft, dieſen aber auch Ausnahmen beigefügt, welche Billigkeit und perſönliche Rückſichten zu erfordern ſchienen. Sie haben 3) die Beweisgründe, welche rechtlich die Wahrheit einer Behauptung völlig begründen, und daher den Richter nöthigen ſollen, die dadurch beglaubigten Thatſachen als wahr anzunehmen, wie groß auch ſein Zweifel dagegen ſeyn mag, genau zu beſtimmen geſucht. Nicht nur die directen Beweiſe, welche gerade zu auf einen gewiſſen Satz führen, ſind in dieſer Hinſicht von den Geſetzen angedeutet, ſondern auch 4) die

Fol-

Folgerungen aus andern Thatſachen auf die Wahrheit oder Unwahrheit eines zu beweiſenden Umſtands — probatio artificialis — dabei nicht außer Acht gelaſſen. Es giebt freilich Fälle, wo dieſe Folgerungen ſo dringend aus der Natur der Sache hervorgehen, daß die geſunde Vernunft unbedingt genöthigt iſt, ſie als wahr anzuerkennen, z. B. daß Jemand nicht an zweien Orten zugleich ſeyn, hier eine Handlung vornehmen, und doch anderswo zur ſelbigen Zeit ſich habe aufhalten können. Auf Fälle dieſer Art brauchte freilich die Geſetzgebung keinen Richter erſt aufmerkſam zu machen. Seine Vernunft bringt in ihren eignen und unveränderlichen Geſetzen ſchon die Regeln dafür mit. Es bleibt aber eine Menge anderer Fälle übrig, wo dergleichen Schlüſſe aus Begebenheiten, Eigenſchaften und Verhältniſſen der Perſonen und Sachen, wenn ſie gleich mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, und mit dem Reſultate der Erfahrung meiſtens zuſammentreffen, dennoch in keiner ganz nothwendigen Abfolge davon ſtehen, die Möglichkeit des Gegentheils zulaſſen, und alſo trügen können. Dieſe ſind es, die eine nähere Beſtimmung nicht allein geſtatten, ſondern auch wirklich erfordern, um der Willkühr des Richters nicht Alles Preis zu geben, vorzüglich um der Streitluſt und

Chikane billige Gränzen zu ſetzen, und ſelbſt die Forderungen der Gerechtigkeit in Anſehung des Beweiſes der Thatſachen nicht ins Unendliche zu übertreiben, ſondern vielmehr nach Möglichkeit mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge im Einverſtändniß zu erhalten.

Daher die Anordnungen der Geſetze, wodurch gewiſſe Folgerungen aus gewiſſen Thatſachen dergeſtalt ſanctionirt ſind, daß der Richter, ſobald jene Thatſache erwieſen iſt, oder als gewiß und nicht beſtritten in den Akten vorkommt, auch die geſetzlich anerkannte Folgerung daraus gelten laſſen, und als richtig annehmen muß, bis das mögliche Gegentheil von dem, der es für ſich anführt, bewieſen wird — praeſumtio juris. — Beſonders gehören auch hieher die geſetzlich beſtimmten Erklärungsregeln, wodurch dem Richter in zweifelhaften Fällen der Verträge und andern Verfügungen zu Hülfe gekommen wird. Einen wichtigen Theil der poſitiven Anordnung machen 5) die Zeitbeſtimmungen und andere Vorſchriften in Anſehung der Form der gerichtlichen Beweiſe aus. Die Geſetzgebung ſucht endlich 6) nicht allein die Beweisführung durch manche Anſtalten zu erleichtern, indem ſie den Staatsbürgern, denen es darum zu thun iſt,

iſt, ihre Rechtsgeſchäfte öffentlich zu beglaubigen, zweckdienliche Mittel dazu anweiſet, ſondern auch nach Möglichkeit den Parteien zu Hülfe zu kommen, denen es nicht an Recht, wohl aber an vollſtändigen juridiſchen Beweiſen gebricht, oder denen doch daran gelegen iſt, die Sache mit Vermeidung weitläufiger Ausführung zu ſchlichten. Daher die Geſtattung der Eidesdelation, und die Einführung der geſetzlichen Entſcheidungseide.

Mehr und weniger haben ſich zwar unſere in Deutſchland geltenden Civilrechte die bisher angeführten Beſtimmungen wirklich angelegen ſeyn laſſen. Daß ſie aber in jedem einzelnen Betrachte ſchon Alles geleiſtet hätten, was man von einer guten Gerichtsordnung erwartet, läßt ſich freilich nicht behaupten, ohne ihre Vorzüge über den wahren Werth zu erheben. Was die Fragen anbetrifft, denen dieſe Schrift vorzüglich gewidmet iſt, ſo wird man bei einiger Vergleichung ſehr bald genöthigt, dem Römiſchen Rechte, wenn es gleich noch Manches zu ergänzen übrig läßt, doch wenigſtens in Anſehung der Vollſtändigkeit den erſten Platz unter den übrigen gemeinen Rechten einzuräumen. Die Deutſchen Reichsgeſetze ſchränken ſich nur auf die Förmlichkeiten des Beweiſes ein,

und berühren die Sache, worauf es hier ankommt, kaum. Was das Canoniſche Recht darüber enthält, iſt häufig aus dem Römiſchen entlehnt, dabei aber nicht von Mißdeutungen und falſchen Anſichten der Dinge freigeblieben, wovon unter andern bei dem Beweiſe der Verneinung Beiſpiele vorkommen.

Die Lehrbücher und Syſteme des Civilrechts haben die Entſcheidungen einzelner Rechtsfälle, welche der Titel: de probationibus ſowohl in den Pandekten als auch im Codex enthält, nicht immer gehörig genutzt, um die aus der Natur der Sache geſchöpften Grundſätze, worauf jene Entſcheidungen beruhen, ſorgfältig zu erforſchen, und eine vollſtändige allgemeine Theorie daraus zu bilden. Man hat gerade das, was im Text des Geſetzbuchs die Hauptſache iſt, und wovon dieſes ſo mancherlei Anſichten darbietet, mit ein Paar allgemeinen Bemerkungen abmachen zu können geglaubt, die, weil ſie in der Anwendung häufig ihren Dienſt verſagen, theils das jus controverſum ſtattlich bereichert, theils aber in der wirklichen Rechtspflege manchen Nachtheil verurſacht haben.

Die Frage: Was eigentlich zu beweiſen ſey? hat unſere Gelehrten im Ganzen weniger, als die ande-

andere: wer die Laſt des Beweiſes zu übernehmen habe? beſchäftigt. Dieſe hat bekanntlich von Zeit zu Zeit beſondere Schriften veranlaßt, (5) jene findet man nur da, wo ſie der Vollſtändigkeit wegen nicht zu übergehen war, im Vortrage des ganzen Civilrechts, in den Handbüchern der Prozeßtheorie, und den einzelnen Werken vom Beweiſe überhaupt, jedoch meiſtens nur, kurz beantwortet. In beider Rückſicht dürfte noch Manches zu ergänzen übrig ſeyn.

(5) Danz Grundſ. des ordentl. Proz. §. 232. u. die daſ. angef. DD. denen unter den ältern noch *Fulv. Paciani* tract. Cui incumbat onus probandi Frf. 1631. und unter den neuern noch *G. M.* de *Mezger* de onere probandi, et cauſis quae litigantem ab eo immunem reddunt, Altorf. 1800 beizufügen ſind.

II.

II.

Was muß bewieſen werden?

Nur von der rechtlichen Nothwendigkeit des Beweiſes iſt hier die Rede, in ſofern die eine oder die andere Partei ihn führen muß, um den Richter, als ſolchen, von der Wahrheit eines Satzes zu überzeugen, den er ohne dieſen Beweis nicht als gegründet anerkennen darf, geſetzt auch, daß er als Menſch keinen Zweifel dagegen hege. Ganz deutlich geht hieraus A) im Allgemeinen folgende Antwort auf die angekündigte Frage hervor: **Was der Richter als ſolcher zum Zweck der Unterſuchung und Entſcheidung einer vorkommenden Rechtsſache zu wiſſen nöthig hat, und was er nicht als Richter ſchon weiß, oder wenigſtens wiſſen muß, iſt ein Gegenſtand der rechtlich nothwendigen Beweisführung.** Wird nun beſonders B) in Beziehung auf einzelne gegebene Rechte oder Befreiungen gefragt, was zu beweiſen ſey? ſo iſt die Antwort dieſe: **Alles, worauf das vorkommende Recht, oder die Befreiung, wovon die Rede iſt, ſich grün-**

det, aber auch nur dieſes, muß bewieſen werden, inſofern es dem Richter, als ſolchem, nicht ſchon bekannt iſt, oder wenigſtens ohne weitere Ausführung bekannt ſeyn muß.

2 Das Recht — jus pro lege ſ. objective ſumtum — **weiß**, oder **ſollte** wenigſtens der Richter ſelbſt ſchon wiſſen, und Thatſachen, von denen die Entſcheidung der vorkommenden Rechtsſache nicht abhängt, **braucht** er nicht zu wiſſen, mithin kann er über dieſe ſo wenig, als über jenes den Parteien eine Beweisführung aufbürden. Nichts kann alſo ausgemachter ſeyn, als daß der gerichtliche und rechtlich nothwendige Beweis ſich nur auf **erhebliche**, d. i. bei der Entſcheidung des Streits nicht **gleichgültige** Thatſachen einſchränke. Natürlich müſſen aber dieſe Thatſachen 1) unter den Parteien noch ſtreitig und nicht ſchon rechtlich in Gewißheit geſetzt ſeyn, noch 2) eine durch das Geſetz ſanctionirte Vermuthung für ſich haben.

3 So einleuchtend wahr dies Alles an ſich und im Allgemeinen auch iſt, ſo erfordert es doch in mancher Rückſicht noch einige nähere Erleuterung.

Daß vor Gericht theils über Rechtsſätze, theils über faktiſche Fragen geſtritten wird, lehrt frei-

freilich die Erfahrung. Beides gehört auch allerdings zur Ausführung der Parteien, und es iſt manchen Richtern höchſt dienlich, auf dieſem Wege auch an Rechtswahrheiten erinnert zu werden, die ihnen ſonſt vielleicht nicht gegenwärtig geweſen ſeyn möchten. Allein zu den **Obliegenheiten** eines ſtreitenden Theils gehört es doch nicht, das Recht, was in Anſehung der vorkommenden Thatſachen Statt findet, zu beweiſen. Der Grund hievon iſt, weil der Richter dazu beſtellt wird, um durch ſeinen Ausſpruch den Parteien zu erkennen zu geben, was die im Staate geltenden Geſetze in ihrer Angelegenheit mit ſich bringen, daher er auch die Vorſchriften der Geſetze, und was dieſen gemäß iſt, zu wiſſen verbunden iſt, und nicht verlangen kann, über das objektive Recht, was die Parteien eben von ihm erfahren wollen, erſt von dieſen belehrt zu werden (1). Sobald aber der ge-

(1) Cap. 44. X. *de appellat.* (II. 28.) verb. quum frequenter juris quaeſtio moveatur, cujus apud nos probationes *neceſſariae* non exiſtunt. vid. *Boehmer* ibid. in not. Zwar ſagt Paulus L. 5. D. de probat. Ab ea parte, quae dicit, adverſarium ſuum ab aliquo jure prohibitum eſſe, ſpecialiter *lege* vel *conſtitutione*, id probari oportere. Allein dieſe

dachte Grund bei irgend einer Streitfrage, ſelbſt wenn ſie auch das Recht betrifft, wegfällt, ſo kann auch

dieſe Worte enthalten keine Abweichung von der angeführten Regel. Es iſt hier von Befugniſſen die Rede, die an ſich zu den gemeinen Rechten gehören, von denen aber gewiſſe Perſonen durch beſondere Vorſchriften ausgeſchloſſen ſind. Macht nun Jemand vor Gericht Andern dergleichen Recht ſtreitig, ſo brauchen dieſe ihre Fähigkeit dazu nicht zu beweiſen, ſondern ſie erwarten mit Recht von jenem den Beweis, daß ſie zu denen gehören, die durch beſondere Ausnahmen davon ausgeſchloſſen ſind. Nicht anders ſind auch die Worte Ulpians L. 19. §. 2. D. ibid. zu erklären: Sed etſi procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuiſſet adverſario obdare vel fieri procuratorem, probare id oportet objicientem exceptionem. Die Geſetze beſtimmen hier nur die Frage: Wer beweiſen müſſe? ohne die Frage: Was zu beweiſen ſey? näher zu entſcheiden. Dies muß alſo nach den Grundſätzen, die ſonſt davon gelten, auch hier beantwortet werden. Das beſondere Geſetz, oder die rechtlichen Ausnahmen, als Rechtsſatz betrachtet, bedarf daher keines Beweiſes, wohl aber; der faktiſche Grund der Ausſchließung, daß dieſer nämlich gerade ſo zutreffe, und wirklich ſo vorhanden ſey, wie ihn das Geſetz oder die beſondere Vorſchrift vorausſetzt. *Lauterbach* colleg. theor. pract. XXIII. 3. 22.

auch von jener Regel kein Gebrauch gemacht werden. Zuvörderſt iſt der Richter nicht ſchuldig, die Geſetze eines auswärtigen Staats zu kennen. Kommen dieſe gleichwohl bei Rechtsſachen, die er zu entſcheiden hat, in Anwendung, ſo iſt er allerdings berechtigt, den Parteien die Beibringung derſelben oder die Bewahrheitung der auswärtigen Rechtsnorm aufzugeben — Zweitens, was die in dem Staate, dem er dient, geltenden Geſetze betrifft, ſo darf kein Richter die von der Geſetzgebung ſelbſt und unter ihrer Autorität ausdrücklich ergangenen Vorſchriften — jus ſcriptum — oder recipirten fremden Rechte, ignoriren. Es iſt freilich eine faktiſche Frage: ob ein Geſetz gegeben, und gehörig bekannt gemacht ſey, oder nicht? und man hat ſich unter den Rechtsgelehrten darüber geſtritten, was in dieſem Betracht zu vermuthen, mithin von wem der Beweis zu führen ſey. Sonderbar genug! Denn was kann bei näherer Prüfung der Sache wohl einleuchtender ſeyn, als die Pflicht des Richters, ſich ſelbſt, und ohne Zuthun der Parteien, die gehörige Kenntniß von der Exiſtenz beſtehender Landesgeſetze, und von der gehörigen Vorſchrift derſelben zu verſchaffen. Er kann alſo die Gültigkeit irgend einer Verordnung, oder die rechtsbeſtändige Vorſchrift und Bekanntmachung derſelben

nie

nie zum förmlichen Beweiſe der Parteien ausſtellen. Dahingegen iſt es, und kann es die Pflicht des Richters nicht ſeyn, alle von dem Regenten etwa ertheilten Privilegien, imgleichen alle nicht von der Geſetzgebung ſelbſt vorgeſchriebenen, ſondern durch den Gebrauch der Staatsbürger eingeführten Rechtsnormen zu wiſſen. Hierüber kann er alſo dem, deſſen Anſprüche ſich darauf gründen, allerdings die Beweisführung auflegen. In der That aber betrifft dieſe alsdann auch nur die faktiſchen Fragen: ob Jemanden das behauptete Privilegium wirklich ertheilt ſey, und ob man bisher eine gewiſſe Regel als verbindliche Rechtsnorm beobachtet habe? Dahingegen, wenn dieſe Thatſachen erſt beigebracht ſind, das Rechtsverhältniß derſelben, die Gültigkeit und Wirkung der Privilegien und Gewohnheiten nicht mehr vom Beweiſe der Parteien abhängen, ſondern, wie jede andere Rechtsfrage ohne weitere Ausführung vom Richter zu beſtimmen ſind.

4 Im Allgemeinen weiß freilich ein Jeder, daß es Rechtsfragen ſind, wenn es darauf ankommt, was geſchehen ſoll, oder darf, welche Folgen das Geſetz mit einer Handlung verbindet u. ſ. w.; faktiſch hingegen die Frage: was geſchehen iſt,

was

was wirklich geſchieht, was vorhanden oder geweſen iſt, welche Abſicht der Urheber einer Handlung dabei gehegt habe? (²) u. d. m. Allein darauf wird nicht immer gehörig geachtet, daß den Vorſchriften der Geſetze ſelbſt häufig nur eine faktiſche Frage zum Grunde liegt, durch deren proviſoriſche Beſtimmung ſie dem Zweifel des Richters, und dem Streite der Parteien gewiſſe Gränzen zu ſetzen ſuchen. Dies findet überall da Statt, wo die Geſetze gewiſſe Erklärungsregeln für die zwei-

fel-

(²) In L. 20. pr. D. de adquir. vel omitt. hered. (XXIX. 2.) heißt es: pro herede autem gerere, *non eſſe facti*, *quam animi;* nam *hoc animo eſſe debet ut velit eſſe heres.* Offenbar iſt pro herede geſtio eine Thatſache — res facti —; allein die angeführten Worte ſollen eigentlich ſo viel andeuten, daß Handlungen an ſich die Sache, worauf es ankommt, noch nicht ausmachen, ſondern alles von der Abſicht abhänge, in welcher ſelbige unternommen wurden. *Voet.* comment. ad Pand. XXIX. 2. 5. Uebrigens haben auch die Römiſchen Geſetze für das, was eigentlich die Abſicht der handelnden Perſonen bei Geſchäften mit ſich bringt, vorzüglich den Ausdruck: id quod actum eſt, und machen es dem Richter zur Pflicht, vor allen Dingen darauf Rückſicht zu nehmen. L. ult. D. *de hered. vel act. vend.* L. 7. §. 1. D. *de jure dot.* L. 6. §. 2. D. *de contrah. emt. vend.*

felhafteſte Abſicht bei irgend einer Handlung, oder für den Sinn zweideutiger Ausdrücke feſtſetzen, überhaupt wo ſie eine eigentliche Rechtsvermuthung ſanctioniren, und wird alſo in dem Abſchnitte, welcher von dieſem handelt, noch näher erleutert. Hier iſt vorläufig nur Folgendes zu bemerken. Wenn das Geſetz ſagt: Wer das Pfand an den Schuldner zurück gibt, oder in die Veräußerung deſſelben einwilligt, gibt ſein Pfandrecht auf, ſo heißt das natürlich nicht, daß der Gläubiger das Eine oder das Andere gar nicht unternehmen dürfe, ohne ſein Recht zu verlieren, und daß weiter gar keine Einwendung dagegen Statt finde; ſondern das Geſetz beſtimmt nur, wie der Richter das Faktum anzuſehen, welche Abſicht der Parteien er dabei zum Grunde zu legen, und welche Folgen er der Handlung zuzugeſtehen habe, bis überwiegende Gründe ihn auf etwas anderes leiten. Dieſer Beweis des Gegentheils, er mag nun directe durch ausdrücklichen Vorbehalt und andere beſtimmte Erklärungen, oder mittelbar aus beſondern Umſtänden und Verhältniſſen geführt werden, bleibt immer offen So verhält es ſich in allen Fällen, wo die Geſetze nur in Anſehung einer faktiſchen Frage dies oder jenes beſtimmen, beſonders auch bei den Erklärungsregeln der Privatverfügungen durch Verträge

träge und Teſtamente, wovon das Römiſche Recht theils im Allgemeinen, theils für einzelne Arten zweifelhafter und unbeſtimmter Ausdrücke ſo manche Beiſpiele liefert. Sie dienen dem Richter nur dann zur Norm, wenn nichts weiter bei der Sache als der geſetzlich erklärte Gegenſtand an ſich, und keine beſondere Umſtände für eine andere Deutung in Betrachtung kommen. Es iſt alsdann freilich eine Rechtsfrage, was die Geſetze am Ende als wahr angenommen wiſſen wollen, und auch hier weder das punctum juris vom Beweiſe der Parteien abhängig zu machen, noch ſteht es dem Richter frei, ſich in theſi darüber ganz hinweg zu ſetzen. Aber die Frage, zu deren Entſcheidung dies alles dienen ſoll, in welcher Abſicht nämlich etwas geſchehen, in welchem Sinne oder Umfange ein gewiſſer Ausdruck gebraucht ſey? dieſe Frage bleibt doch immer faktiſch, und die erwähnten Beſtimmungen der Geſetze ſind daher von andern Vorſchriften ſorgfältig zu unterſcheiden, wodurch gewiſſe Rechte und Verbindlichkeiten als nothwendige Folgen einer Handlung beſtimmt werden, und wo die Geſetze nicht eigentlich andeuten, was als geſchehen oder nicht geſchehen, als gewollt oder nicht gewollt anzunehmen ſey, ſondern was aus dem wirklich Geſchehenen, nachdem dies zuvor erſt erwieſen iſt,

recht=

rechtlich folgen ſoll. Daß ein Verkäufer für die Mängel der verkauften Sache, oder für die Eviction derſelben haften müſſe, iſt eine rechtliche Folge des Kaufcontrakts, nicht aber, wie jene Vorſchrift, nach vermuthlicher Einwilligung des Verkäufers angeordnet, wenn es dieſem gleich frei ſteht, ſich durch beſondere Verträge gegen die Anforderungen des Käufers wegen der Gewährleiſtung zu ſichern. Der Beweis dieſer Verträge, womit er allerdings zu hören iſt, betrifft aber nicht, wie in jenen Fällen, gerade das Gegentheil deſſen, was die Geſetze bei einer Handlung, die mehrere Deutungen zuläßt, einſtweilen vermuthet wiſſen wollen, ſondern eine ganz eigene und beſondere Thatſache, wodurch das Recht, welches der Kauf an ſich dem Käufer geben würde, weiter eingeſchränkt und aufgehoben werden ſoll.

5 Die bekannte Regel, welche den Richter im Civilprozeſſe verbindet, nichts bei der Entſcheidung zum Grunde zu legen, als was die Akten gewiß und erwieſen mit ſich bringen, iſt buchſtäblich nur von Thatſachen zu verſtehen, die er freilich nicht anders für richtig annehmen darf, als wenn die Parteien darüber einig, oder rechtliche Beweiſe davon vorhanden ſind, ohne dabei den Kenntniſſen,

die

die er ſonſt etwa erhalten haben mag, im mindeſten folgen zu dürfen. Bloße Rechtsſätze hingegen und geſetzliche Vorſchriften ſoll er ſogar von Amtswegen ergängen und berichtigen, wenn die Parteien ſolche entweder gar nicht für ſich angeführt, oder unrichtig gefaßt hätten (3). Daß dieſe Ergänzung da, wo ſie **Befugniß** des Richters iſt, doch nicht immer zugleich auch deſſen **Schuldigkeit** ſeyn ſollte, wie **Wehrn** hier unterſcheidet, läßt ſich nicht füglich behaupten. In L. 40. pr. D. de judiciis heißt es zwar: Non quidquid judicis poteſtati permittitur, id ſubjicitur juris neceſſitati. Dies kann in manchem Betrachte wohl zutreffen. Wenn die Parteien z. B. ſich

(3) L. un. C. *ut quae deſunt Advocat.* (II. 11.), Non dubitandum eſt, judicem, ſi quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adſiſtunt, minus fuerit dictum id ſupplere, et proferre, quod ſciet *legibus et juri publico convenire* — alſo 1) in facto nichts; mithin auch 2) Rechtsſätze nur in ſofern, als ſie einer Partei wirklich noch zuletzt zu Gute kommen, und inſofern die Thatſachen, wovon ihre Anwendung abhängt, ganz unleugbar rechtlich am Tage liegen. Mehr von dieſem Ergänzungsamte des Richters iſt bei Wehrn von gerichtl. Einwendung. §. 66 — 68. nachzuſehen.

ſich gemeinſchaftlich der Gerichtsferien begeben; ſo kann der Richter zwar ihren Anträgen willfahren; aber daraus folgt nicht, daß er es auch müſſe. Hingegen daß er die Vorſchriften der Geſetze nach Gutbefinden ergänzen und außer Acht laſſen könne, dies beweiſen die angeführten Worte wohl nicht. Die Anwendung des Rechts auf vorkommende Fälle iſt Pflicht des Richters, und er darf hier nichts thun, wozu er nicht auch verbunden iſt.

6 Da bloße Rechtsſätze von Seiten der Parteien gar keines Beweiſes bedürfen, ſo folgt von ſelbſt, daß auch in einer Prozeßart, welche keine illiquiden Einreden geſtattet, dennoch eigentliche Rechtsfragen nie als altioris indaginis zur beſondern Verhandlung verwieſen werden können. Wie ſtreitig auch immer das Recht unter den Rechtsgelehrten, und wie zweifelhaft es an ſich dem Richter ſeyn mag, ſo ſind doch die Parteien nicht ſchuldig, es dem Richter auszuführen. Illiquide Einreden ſind diejenigen, die noch erſt eines Beweiſes bedürfen. Bloße Rechtsſätze erfordern dieſen aber nie in dem Verſtande, wie hier davon die Rede iſt, alſo können auch Einreden die nur darauf geſtützt ſind, gar nicht als illiquide

verworfen werden (4). In Anſehung der Thatſachen, womit es die förmliche Beweisführung eigentlich nur zu thun hat, wird Folgendes noch zur nähern Erläuterung dienen.

Das Erkenntniß auf Beweis bringt allemal 7
ſo viel mit ſich, daß die Anſprache oder Befreiung, derentwegen der Beweis gefordert wird, nicht als ſchon völlig gerechtfertigt, aber auch nicht an ſich und unbedingt als ungegründet und verwerflich zu betrachten iſt, ſondern daß die Entſcheidung der Sache nun von der Wahrheit oder Unwahrheit der zum Beweiſe ausgeſetzten Umſtände abhängig wird. Hieraus folgt alſo: a) der Beweisführer darf ſich nichts anders als Thatſachen, die mit dem Gegenſtande des Streits in der vorhin bemerkten rechtlichen Beziehung ſtehen, zum Beweiſe aufdringen laſſen. Aber auch b) der Gegner iſt nicht **ſchuldig**, zuzugeben, daß eine Sache, die wider ihn keinen rechtlichen Erfolg haben kann, dennoch zum Beweiſe ausgeſtellt werde. Denn durch das Beweisinterlocut legt der Richter den Thatſachen, wovon es redet, eine günſtige Wirkung für den Be-

(4) *Brockes* obſervat. ſelect. legum. 443. Man ſehe auch die Schrift über die Prozeßkoſten. §. 8. u. 9.

Beweisführer bei. Läßt der Gegner ſich dies gefallen, ſo muß er nachher auch leiden, daß die Sache nun nach den Folgen, die dieſen Thatſachen rechtskräftig zugeſtanden ſind, entſchieden werde. Um dies zu verhüten, wird er ſuchen müſſen, die Rechtskraft des Beweisurtheils zu hintertreiben.

8 Das bisher Geſagte zeigt wohl ſehr einleuchtend, wie nöthig, oder eigentlich, wie unentbehrlich die genauere Prüfung Alles deſſen, was zur Begründung eines gewiſſen Rechts, einer daraus angebrachten Klage oder Einrede gehöre, ſowohl Richtern als Sachwalter ſey; **jenen** um beſonders darnach das Beweisthema gehörig zu beſtimmen, und, in wiefern ein verſuchter Beweis das Ganze, worauf es ankommt, erſchöpfe, zu beurtheilen; **dieſen** um theils beim Anfange eines Rechtsſtreits zwiſchen den leichter oder ſchwieriger auszuführenden Rechtsmitteln die gehörige Auswahl treffen, und im Voraus auf die erforderlichen Beweiſe Bedacht nehmen zu können, (5) theils um ſich ſelbſt in der Folge die Beweislaſt nicht ohne Noth zu erſchweren, oder ungebührliche Anſinnungen in dieſem

(5) Beiträge zu der Lehre v. gerichtl. Klagen und Einred. II. u. III, 10.

ſem Betrachte mit rechtlichem Beſtande ablehnen,
wiederum aber auch mit Erfolg dafür ſorgen zu
können, daß es dem Gegner, dem ein gewiſſer Be-
weis obliegt, nicht gelinge, mit nichts entſcheiden-
den oder unzulänglichen Beweisſätzen durchzu-
kommen.

Viele Richter ſind freilich geneigt, ſtatt des 9
definitiven Erkenntniſſes, ſich durch ein Interlocut
auf Beweis von der Sache abzuhelfen, wenn ſie
auch zu jenem ſchon hinlänglich inſtruirt iſt. Dies
hat ſchon Leyſer (6) mit Recht getadelt, und da-
bei die Urſachen, welche dieſe Erſcheinung in den
Prozeſſen veranlaſſen, freimüthig angegeben. Wo
der Richter nach zureichenden Gründen definitive
entſcheiden kann, da iſt es höchſt ungerecht, durch
Erkenntniſſe auf Beweis den Ausgang der Sache
in Ungewißheit zu ſetzen, wenigſtens zu verzögern.

Nicht weniger ungerecht iſt es, die Ausfüh- 10
rung unerheblicher und nichts entſcheidender That-
ſachen von Gerichtswegen auch nur zuzulaſſen,
wenn eine Partei es darauf anlegt, die förmliche
Beweisführung darüber zu anticipiren. Iſt es
dem Richter nach den Akten und den Rechten ſchon
ein-

(6) Meditat. ad Pand. 467. 1.

einleuchtend, daß der Beweis ganz überflüſſig ſey, ſo muß er jeden Antrag auf förmliche Einleitung deſſelben verwerfen. Sonderbar kam der Inhalt eines Urtheils heraus, als der Richter einen gewiſſen Beweis erſt ſelbſt geſtattete, auch das gebetene Zeugenverhör verfügt hatte, in der Folge aber den Kläger mit dieſen Worten abwies: „daß, wenn er auch probanda probiret hätte; die angebrachte Klage dennoch nicht Statt finden würde.„ Hiebei muß ein ganz eigner Begriff von *probandis* zum Grunde liegen, die, wenn ſie auch erwieſen (probiret) ſind, dennoch dem Beweisführer nicht zu Gute kommen ſollen. Sichtlich ſtand dies Erkenntniß mit dem vorigen Verfahren des Richters in dem hellſten Widerſpruche.

11 Das Faktiſche, was zum Beweiſe verſtellt wird, kann 1) in einzelnen völlig beſtimmten Handlungen beſtehen. Z. B. daß Verklagter mit Klägern dieſen oder jenen Contrakt geſchloſſen, die Zahlung geleiſtet habe. Hier muß natürlich die Beweisführung gerade auf dieſe einzelnen facta gerichtet werden, und der Beweisſatz iſt durch den Gegenſtand ſelbſt hinlänglich beſtimmt. 2) In allgemeinen Vorwürfen, Eigenſchaften, Verhältniſſen und Erwerbungen der Rechte überhaupt z. B.

wenn

wenn es darauf ankommt, das Eigenthum einer Sache, andere dingliche Rechte, beſonders ſogenannte Gerechtigkeiten, das Verſehen eines Andern u. d. m. zu beweiſen. Dies läßt ſich durch mehrere einzelne Thatſachen auf mancherlei Art ausführen, und es genügt daher, wenn der Beweisführer nur ſolche Umſtände, mit welchen der allgemeine Gegenſtand des Beweiſes in einer richtigen Abfolge ſteht, — facta concludentia — beibringt.

Der Richter hat nun ganz vorzüglich für die gehörige Beſtimmung des Beweisſatzes zu ſorgen, damit durch ungebührliche Einſchränkung oder Ausdehnung deſſelben, imgleichen durch das Schwankende und durch Unbeſtimmtheit des Ausdrucks die Rechtsverfolgung oder die rechtmäßige Vertheidigung dagegen nicht ganz vereitelt, oder doch wenigſtens ungerechter Weiſe erſchwert werde.

Daß die ältere Form: **Kläger ſolle den Grund der Klage, und ſo viel ihm daran verneint worden, beweiſen,** zu nichts tauge, als bequemen Richtern die Sache leicht zu machen, daß ſie im Gegentheil in der Folge ſehr leicht zu unnützen Streitigkeiten über den Umfang des Beweiſes, und dazu, daß dieſer eine ganz falſche

Richtung erhalte, einen Anlaß geben könne, darüber iſt man jetzt wohl ziemlich einverſtanden. In wiefern aber bei jenen Gegenſtänden des Streits, wo der Grund einer Klage oder Einrede bald aus dieſer, bald aus jener Thatſache bewahrheitet werden kann, der Beweis nur auf die Wahrheit dieſer Behauptung im Ganzen zu richten ſey, z. B. daß Kläger oder Verklagter das behauptete Eigenthum — die dem Gegner vorgeworfene culpa etc. zu beweiſen ſchuldig, ſo daß dem Beweisführer nun überlaſſen werde, mit welchen einzelnen Thatſachen er die Wahrheit ſeiner Behauptung näher zu begründen vermeine, oder ob die beſondern facta, welche zu dieſem Zweck bereits in den Verhandlungen vorkommen, namentlich im Urtheile mit angeführt, und zum Beweiſe ausgeſetzt werden müſſen, läßt ſich vielleicht im Allgemeinen nicht geradezu beſtimmen (7). Im Durchſchnitt genommen, möchte das Erſtere wohl den Vorzug verdienen, indeſſen kann doch den Eigenheiten vorkommender Fälle das Gegentheil angemeſſener ſeyn. Wenn der Klä-

(7) vergl. von Tevenar Theorie d. Beweiſe pag. 170 bis 173. Claproth ordentl. Proz. §. 214. Danz Grundſ. d. gemein. ord. Proz. §. 233. Gönner in den Erörterungen zu Danz. pag. 65.

Kläger es gerade für gut findet, zur Zeit nur aus einer gewiſſen Erwerbart das Eigenthum zu behaupten und zu verfolgen, ſo dürfte es richtiger ſeyn, den Beweisſatz auch hierauf nur einzuſchränken; wenigſtens den von ihm angegebenen Grund des Eigenthums auszudrücken, und ihm durch den Zuſatz: oder ſonſt deſſen Erwerb zu beweiſen, die Beibringung anderer Gründe nur frei zu laſſen, damit aus einer zu allgemeinen Faſſung des Beweisſatzes in der Folge, wenn aus andern Gründen geklagt wird, dem Gegner zu frivolen Ausflüchten wegen vermeinter Rechtskraft kein Anlaß gegeben werde. Hat ferner eine Partei zur Begründung ihres Vorgebens zum Theil ſolche Thatſachen angeführt, die, wenn ſie auch erweislich wären, doch die daraus abgeleitete Folge nicht rechtfertigen würden, ſo iſt es deſto nöthiger, daß der Richter durch genauere Beſtimmung, was eigentlich in facto zu erweiſen ſey, beſonders auch durch Verwerfung deſſen, was nicht dahin gehört, den unnützen Ausführungen ganz unerheblicher Umſtände zuvorkomme, wozu ſonſt der allgemeine und unbeſtimmte Ausdruck des Urtheils leicht einen Anlaß geben kann.

12 Ueberhaupt iſt der Richter keineswegs an die von einer Partei, welche zu beweiſen hat, ſelbſt angeführten ſacta, durchaus gebunden. Was den faktiſchen Grund der Klage oder Einrede ausmacht, muß bewieſen werden, er mag beim Vortrag derſelben ſchon beſtimmt angeführt ſeyn oder nicht. Der Richter ſoll nichts in facto von Amtswegen ergänzen, d. h. keine Thatſachen bei der Entſcheidung zum Grunde legen, wenn die Akten ſelbſt darüber keine Auskunft geben. Aber damit iſt nicht geſagt, daß er ſich gerade nur an den Vortrag der Klage oder der Einreden binden müſſe. **Leyſer** (8) bemerkt ſehr richtig: Judex ſententiam laturus ante omnia libellum quidem inſpiciet, ex eoque quid actor petierit, cognoſcet; deinde vero naturam negotii, quod in judicium deductum eſt, ante oculos habebit, poſtea acta et probata accurate conſiderabit, et perſpecto ex iis facto ſecundum jus et aequitatem, quae in *L. 8. C. de judiciis* juri ſtricto praeferri jubetur, judicabit, rationem vero libelli aliter, quam quo usque is cum indole negotii actisque et probatis convenit, non habebit. Igitur, ſi petitionem acto-

(8) De non neceſſaria ſentent. ad libell. conformat. Med. ad D. 468. 18.

actoris vel cum negotii natura, vel cum actis et probatis, vel cum juſtitia et aequitate pugnare animadvertet, liberrime ab eo recedet, et vel aliud plane, quam quod petitum eſt, vel *alio modo* decernet. Er hat dies alles ſo gründlich weiter ausgeführt, daß es völlig genügen darf, den Leſer darauf zu verweiſen. Kann daher der Richter ſogar bei völlig entſcheidenden Erkenntniſſen ſich über den Ausdruck der Klagen und exceptiviſchen Vorträge hinwegſetzen, ſo wird es noch weniger Bedenken finden, zuvor noch erſt gewiſſe Thatumſtände, von denen die Entſcheidung der ins Gericht gebrachten Sache abhängt, zum Beweiſe auszuſtellen, obgleich der Vortrag der Parteien ſolche nicht, wenigſtens nicht ſo, wie ſie eigentlich bei der rechtlichen Entſcheidung in Betracht kommen, ausgedruckt hat.

III.

Nähere Beſtimmung des Grundſatzes: Was ſchon erwieſen iſt, bedarf keines weitern Beweiſes; — imgleichen über das Notoriſche.

1 Thatſachen, die bereits rechtlich erwieſen ſind, muß der Richter als wahr annehmen. Er kann alſo nicht noch einmal Beweiſe darüber fordern.

Iſt ein Umſtand ganz ausgemacht und rechtskräftig dafür anerkannt, mithin der Zweck aller Beweisführung ſchon erreicht, ſo iſt es in einer nothwendigen Folge wenigſtens förmlich eben ſo gewiß, daß das Gegentheil deſſelben nicht wahr ſey, folglich kann auch dieſes nicht noch zum Beweiſe verſtellt werden. Wie aber das förmliche Recht, was durch den Ausſpruch des Richters erzeugt wird, nur die Parteien bindet, in deren Rechtsſachen es ergangen iſt, ſo macht auch ein geführter gerichtlicher Beweis eigentlich nur förmliche Wahrheit unter den Parteien, in deren Rechtsſtreite er geführt worden iſt. Wird unter andern

Beziehungen dieſelbe Thatſache wieder geleugnet, ſo iſt jener Beweis, als res inter alios acta an ſich und geradezu noch nicht gleich entſcheidend ([1]). Man kann ſich der Mittel, wodurch er geführt worden iſt, und der Gründe, welche in andern Sachen die juridiſche Gewißheit eines Umſtandes bewirkt haben, allerdings auch hier bedienen; nicht aber das beſtrittene Faktum als ſchon wirklich erwieſen zum Grunde legen. Der Gegner muß vollſtändig mit allen Einreden, die er dawider zu haben glaubt, beſonders mit Beſtreitung der Beweiskraft der in andern Sachen zur Begründung des ſtreitigen Gegenſtandes angewandten Mittel, geſetzt auch, daß ihm dort die Rechtskraft ſolches ganz verſagt hätte, gehört, und überhaupt die Sache jetzt wieder in den Weg der ordentlichen Beweisführung eingeleitet werden. Wem der Richter in ſeinem Streite mit A das Eigenthum einer

([1]) L. 1. C. *Inter alios acta vel jud. aliis non noc.* (VII. 60). Inter alios res geſtas aliis non poſſe praejudicium facere, ſaepe conſtitutum eſt. Unde licet quosdam de heredibus ejus, quem debitorem tuum fuiſſe ſignificas, ſoluiſſe commemores, tamen caeteri non alias ad ſolutionem urgentur, niſi debitum probatum fuerit.

einer Sache als erwieſen zugeſprochen hat, der kann, wenn er daſſelbe Objekt in der Folge von B vindicirt, den förmlich von neuem zu führenden Beweis des beſtrittenen Eigenthums auf den Grund der rechtlichen Wahrheit, die jener Rechtsſtreit darüber darbietet, noch nicht ablehnen. — Wenn eine Civilklage aus einem Verbrechen angeſtellt, und der Verklagte, nach gegen ihn geführtem Beweiſe, zur Privatgenugthuung verurtheilt worden iſt, ſo berechtigt dies den Criminalrichter noch nicht gleich, die Sache ſchon als völlig ausgemacht zu behandeln, und ohne weiteres mit ſeinem Strafserkenntniſſe hervorzugehen. Auch umgekehrt kann der zur öffentlichen Strafe Verurtheilte, wenn in der Folge beſonders civiliter geklagt, und die That ganz oder zum Theil von ihm geleugnet wird, auf gehörige Beweisführung dringen, und der Kläger dieſe mit dem Vorwande, daß in der Criminalſache ſchon alles erwieſen ſey, nicht geradezu ablehnen, wenn es ihm gleich unbenommen bleibt, ſich der Beweisthümer, die die Criminalakten enthalten, zum Zweck des ihm obliegenden Beweiſes zu bedienen, wogegen aber der Verklagte mit allen Einreden, die er noch dagegen zu haben glaubt, vollſtändig gehört werden muß. Das Gegentheil würde ſchon darum nicht zu billigen ſeyn, weil bis-

bisweilen öffentliche, obgleich außerordentliche, Strafen auch ohne vollſtändigen Beweis des Verbrechens ſchon auf dringende Wahrſcheinlichkeitsgründe erkannt werden. Ich laſſe es hier dahin geſtellt ſeyn, in wiefern dies den Rechten gemäß ſey. Aber ſo viel iſt doch gewiß, daß der Verklagte dadurch nicht verpflichtet wird, die Sache nun auch im Civilſtreite als förmliche Wahrheit anzunehmen. Noch ungerechter wäre es, wenn z. B. ein Ehegatte, der durch ſeine Schuld die Vermuthung eines begangenen Ehebruchs, und durch dieſe die Eheſcheidung veranlaßt hatte, darum ſchon gleich zur öffentlichen Strafe des Ehebruchs verurtheilt werden ſollte. Der Regel nach können daher die in einer Sache geführten Beweiſe nicht auch in andern Streitigkeiten, und noch weniger gegen einen Dritten an ſich ſchon zur juridiſchen Gewißheit als genügend angenommen werden. Nur gewiſſe Verhältniſſe der verſchiedenen Rechtsſachen gegen einander, beſondere Verfügung der Geſetze, und perſönliche Beziehungen der Parteien können Ausnahmen von dieſer Regel veranlaſſen. Wer z. B. mit einem rechtmäßigen Gegner über den perſönlichen Zuſtand geſtritten hat, kann den über das Daſeyn oder Nichtdaſeyn des Zuſtandes geführten Beweis, und das darauf ergangene

rechtskräftige Erkenntniß in der Folge überall auch wider jeden Andern als förmliche Wahrheit und förmliches Recht geldend machen — (2). Ueberhaupt gehören zu dieſen Ausnahmen die bekannten Fälle, in welchen die unter gewiſſen Parteien eingetretene Rechtskraft gegen einen Dritten wirkſam iſt, weil hieraus von ſelbſt folgt, daß alsdann auch die förmliche Wahrheit der Thatſachen, worauf ſich dieſe

(2) L. 25. D. *de ſtatu hominum* (I. 5.) Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo ſententia lata eſt, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate accipitur. L. 1. §. fin. L. 2, L. 3. pr. D. *de agnoſcend. at alend. lib.* (XXV. 3.) Quae cauſa ſi fuerit acta apud judicem, et pronunciaverit, quum de hoc agetur, quod ex eo praegnans fuerit nec ne, in ea cauſa eſſe, ut agnoſci debeat, ſive filius non fuit, ſive fuit, eſſe ſuum, *in omnibus cauſis, quare et fratribus* ſuis conſanguineus erit. Sive contra pronunciaverit, non fore ſuum, quamvis ſuus fuerit; placet enim ejus rei judicem jus facere, et ita *Marcellus* libro ſeptimo Digeſtorum probat. Eoque jure utimur — L. 3. Dig. *de collus. detegenda.* (XL. 16.) Quum non juſto contradictore quis ingenuus prununtiatus eſt, perinde inefficax eſt decretum, atque ſi nulla judicata res interveniſſet, idque principalibus conſtitutionibus cavetur.

dieſe Rechtskraft gründet, von dem Dritten in eben der Maße anerkannt werden muß, als er die rechtskräftige Entſcheidung ſelbſt wider ſich gelten zu laſſen verbunden iſt (³).

Ge-

(³) Nur verſteht ſich dies, ſo wie das vorher Bemerkte immer in der Vorausſetzung, daß das Urtheil nach förmlicher Verhandlung der Sache, nicht aber bloß in contumaciam non reſpondentis ergangen ſeyn muß, als in welchem Falle die Rechtskraft an ſich einem Dritten nicht nachtheilig werden kann. L. 17. §. 1. L. 18. D. de inoffic. teſtam. (V. 2.) Quum contra teſtamentum, ut inofficioſum judicatur, teſtamenti factionem habuiſſe defunctus non creditur. Non idem probandum eſt, ſi herede non reſpondente ſecundum praeſentem judicatum ſit; hoc enim caſu non creditur jus ex ſententia judicis fieri, et ideo libertates competunt, et legata petuntur — De qua re etiam conſtitutio exſtat Divorum fratrum, quae hujusmodi diſtinctionem admittit — Daß dieſer Zuſatz ein emblema Triboniani ſey, wie Anton Faber, in Rational. ad Leg. cit. behauptet, läßt ſich nicht überzeugend darthun. Die erwähnte Conſtitution ſelbſt findet ſich in L. 14. §. 1. D. de Appellat. (XLIX. 1.) näher angeführt. Quotiens, herede non reſpondente, ſecundum adverſarium ſententia datur, reſcriptum eſt, nihil nocere neque legatis, neque libertatibus; et hoc Divorum fratrum epi-

2 Gewöhnlich wird auch das Notoriſche mit angeführt, wenn von Dingen die Rede iſt, die keines Beweiſes bedürfen. Das Römiſche Recht weiß nichts von dieſer Ausnahme (4); die ganze Sache verdankt ihren Urſprung den Machtſprüchen der Päbſte, in deren Plan es nicht gehörte, in Fällen, wo es auf Abweichungen vom Kirchenglauben und Kirchendiſciplin, beſonders der Geiſtlichen ankam, eine weitläufige, und förmliche Unterſuchung zu geſtatten; daher hieß es kurz und gut: Quod-

epiſtola continetur ad Domitium in haec verba: Quod abſente poſſeſſore nec quoqam nomine ejus reſpondente pronunciatum eſt, non habet rei judicatae auctoritatem, *niſi adverſus eum ſolum*, qui adeſſe *neglexerit*, *quare* his, qui teſtamento libertates, vel legata vel fideicommiſſa acceperunt, ſalvae ſunt actiones, ſi quas habuerunt, perinde ac ſi nihil eſſet judicatum, et ideo adverſus eum qui vicit, permittimus eis agere.

(4) Auch der Ausdruck iſt in dieſer Bedeutung dem Römiſchen Rechte ganz fremd. Notoria, deren in L. 6. §. 3. D. ad S. C. Turpill. (XLVIII. 16.) L. 7. C. de accuſat. (IX. 2.) und andern Geſetzen erwähnt wird, ſind Anzeigen, Berichte, elogia. *Cujacius* obſervat. I. 33. *Matthaeus* de crimin. proleg. cap. 4. n. 15.

Quodſi factum eſt notorium, non eget tertium depoſitionibus declarari, quum talia probationem, vel ordinem judiciarium non requirant (5); die Heiligen Väter verſäumten auch nicht, dies häufig in ihren Decretalen einzuſchärfen (6); und wundern darf es uns wohl keinesweges, daß auch die weltlichen Richter ähnlichen Maximen folgten, wie denn beſonders in den Zeiten des Mittelalters unter dem Vorſchub ſogenannter notoriſcher Vergehungen die gröbſten Ungerechtigkeiten in der Rechtspflege vorgingen. Karl V. ſetzte ſeine Gerichtsordnung auch dieſem Unweſen entgegen (7), wiewohl ſeine Vorſchriften noch Manches zu wünſchen übrig ließen. Nach und nach hat ſich das Criminalverfahren in dieſem Betrachte den Forderungen der Gerechtigkeit immer mehr genähert.

Was

(5) Cap. 3. X. *de teſtib cogend. vel non* (II. 21.)

(6) Cap. 10. X *de fil presbyt ord.* (I. 17) cap 3. X. *de eo qui cognov. conſang.* (IV. 13.) cap 9. X. *de accuſat* (V. 1.) cap 23. X *de elect. et elect. poteſt.* (I. 6) cap 21. X. *de jurejurando* (II. 24) *J. H. Böhmer* J E P. tit. de judiciis (II. 1.) §. 5 – 11. hat dieſe Vorſchriften trefflich gewürdigt.

(7) *J. S. F. de Böhmer* meditat in C. C. C. XVI. 2.

Was den Civilprozeß betrifft, ſo kommt zwar der Satz, daß notoriſche Thatſachen keines Beweiſes bedürfen, in den Lehrbüchern immer noch vor. Man hat aber das Mißliche dieſer Ausnahme von Zeit zu Zeit ſehr gut wahrgenommen. Dies beweiſen die verſchiedenen Begriffe und Beſtimmungen, deren man ſich bedient, um den Satz an ſich in der Lehre vom Beweiſe aufrecht zu erhalten, weil er nun einmal das Anſehen eines Geſetzes für ſich hat. Alles führt aber am Ende doch dahin, daß es entweder der gedachten Ausnahme von der Regel gar nicht bedarf, daß ſie ganz überflüſſig, oder auch ganz falſch und verwerflich iſt; und alle Autorität des Canoniſchen Rechts iſt nicht hinreichend, dies im mindeſten zu ändern. Denn was iſt nun eigentlich notoriſch, und unter welchen Bedingungen hat der Richter eine Thatſache als notoriſch wahr anzunehmen? Der Pabſt Alexander III. bemerkt ſelbſt und warnt den Richter: Quum multa dicantur notoria, quae non ſunt, providere debes, ne quod dubium eſt, pro notorio videaris habere (8). Verſteht man darunter, was die Verhandlungen der Parteien bereits klar zu

(8) Cap. 14. X. de appellat. (II. 28.)

zu Tage legen, was nicht beſtritten, oder was ſchon in dieſem Streite ausgemacht iſt, kurz wie man ſagt, de quo ex actis conſtat — ſo iſt ja der ganze Satz, daß das Notoriſche keines Beweiſes bedürfe, völlig identiſch mit der allgemeinen Regel, daß nur zweifelhafte, mithin nicht ſchon erwieſene Thatſachen, gerichtlich zu beweiſen ſind. — Soll aber durch das Notoriſche angedeutet werden, was allgemein bekannt, und wovon der Richter außer den Akten ſchon hinlänglich überzeugt iſt, ſo führt der Satz unvermerkt auf eine große Unrichtigkeit. Richter und Obrigkeiten dürfen zwar wohl, bei gewiſſen proviſoriſchen Verfügungen, dies oder jenes als allgemein bekannt einſtweilen zum Grunde legen, ſo auch bei Thatſachen, welche beiläufig in einem Rechtsſtreite vorkommen, ohne jedoch eigentliche Gegenſtände des Beweiſes zu ſeyn, den darüber im Publikum vorhandenen Nachrichten ihre Glaubwürdigkeit zugeſtehen. Sobald aber irgend ein Faktum als Grund einer Klage oder Einrede vorkommt, und vom Gegner beſtritten wird, ſo müſſen Beweiſe darüber geführt, und dieſe zu den Akten gebracht werden, weil 1) der Richter überhaupt nur nach den Akten und was dieſe mit ſich bringen, nicht aber nach ſeiner Privatkenntniß der Thatſachen urtheilen darf. Iſt dieſe Grundregel

aller

aller gerichtlichen Rechtspflege unleugbar richtig (9), ſo kann die Ausnahme, welche das Notoriſche in er=

(9) Nach der Natur der Sache kann Niemand Zeuge und Richter in einer Sache zugleich ſeyn. Daher auch die Geſetze den Richter in Anſehung der Thatſachen immer auf das verweiſen, was die ordentlichen Beweiſe derſelben mit ſich bringen; nur die Ergänzung deſſen, was juris iſt, ihm von Amtswegen geſtatten, L. un. C. Ut quae des. Advoc. (II. 11.) nie aber, was das Faktum betrifft, ſeiner eigenen Wiſſenſchaft von Dingen, die den Akten nicht gemäß ſind, eine Stelle unter den Entſcheidungsgründen einräumen. L. 6. §. 1. D. *de off. praeſid.* (I. 18.) geht zwar von dem Grundſatze aus, daß die Wahrheit an ſich unter den Irrthümern, die eben in Akten vorkämen, nicht leiden könne und ſolle. — Veritas rerum erroribus geſtarum (beſſer wohl nach Haloander geſtorum; L. ult. C. de re jud. (VII. 52.) non vitiatur. Allein keineswegs wird dem Richter erlaubt, ſich ſchon bloß nach ſeinem Beſſerwiſſen über die Akten hinweg zu ſetzen, ſondern es heißt gleich darauf weiter: et ideo Praeſes Provinciae id ſequatur, quod convenit eum *ex fide eorum quae probabuantur* (ſequi). Wenn es alſo darauf ankäme, einen Satz, der aus dem Verhältniſſe und dem ganzen Zwecke des Richteramts ſo deutlich folgt, mit poſitiven Geſetzen zu belegen, ſo dürfte das angeführte allerdings als Beweisſtelle gelten, obgleich Cu=

erwähntem Verſtande machen ſoll, durchaus nicht beſtehen, da ſie die Regel umwirft, um den Rich-

Cujaz Obſervat. XII. 19. es dafür nicht anerkennen will. Gellius noct. attic. XIV 2. erzählt einen Rechtsſtreit, wo der Richter den Kläger als einen ehrlichen Mann kannte, vom Verklagten aber das Gegentheil wußte. Dieſer leugnete die Schuld ab, und jener konnte keine Beweiſe beibringen. Der Richter war über die Sache verlegen, was er doch eigentlich nicht hätte ſeyn ſollen, und holte ſich das Gutachten eines Philoſophen ein, welcher ganz andere Nachrichten für Fälle dieſer Art hatte. Quod autem, ſo lautete das Reſponſum, ad pecuniam pertinet, quam apud judicem pati dixiſti, ſuadeo hercle tibi, utare M. Catonis prudentiſſimi viri conſilio, qui in oratione, quam pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita eſſe moribus majorum traditum obſervatumque ait, ut ſi quid inter duos actum eſt, neque tabulis neque teſtibus planum fieri poſſit, tum apud judicem qui ea de re cognoſceret, uter ex iis vir melior eſſet, quaereretur. Et ſi pares eſſent, ſeu boni pariter, ſeu mali, tum illi, unde petitur crederetur, ac ſecundum eum judicaretur. In hac autem cauſa, de qua tu ambigis, optimus eſt qui petit, unde petitur deterrimus, et res eſt inter duos acta ſine teſtibus. Eas igitur et credas ei, qui petit, condemnesque eum, de quo petitur, quoniam ſicuti dicis duo pares non

ter ganz über die Gränzen ſeines Amts, welche Vernunft und Recht ihm anweiſen, hinwegſetzt.

Was

ſunt, et qui petit melior eſt. Dem Richter ſchien dies doch ein wenig zu merklich, wie die folgenden Worte zeigen: Hoc quidem mihi tum Phavorinus, *ut virum Philoſophum decuit*, ſuaſit. Sed majus ego altiusque id eſſe exiſtimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognoviſſe et condemnaſſe de moribus non de probationibus rei geſtae viderer; ut abſolverem tamen inducere in animum non quivi, et propterea juravi *mihi non liquere*, atque ita judicatu illo ſolutus ſum — König Friedrich der Große pflegte zu ſagen: „Wenn ich „ein Land ſtrafen wollte, ſo würde ich es durch Phi„loſophen regieren laſſen." Ausſprüche der Art, wie ſie Phavorin hier ertheilte, tragen wenigſtens nicht dazu bei, dies Urtheil hart zu finden. Neuere Philoſophen, die viel auf Formen halten, möchten freilich die Belehrung anders geſtellt haben. Doch getraue ich mir darum nicht, unſern Richtern zu rathen, ſich eben von ihnen mit Gutachten bedienen zu laſſen. Zu einer Zeit, wo die Caſuiſtik beſonders auch die Gewiſſen bearbeitete, kam die Frage vor: ob der Richter einen Angeklagten, den die Akten als überwieſen darſtellten, von deſſen Unſchuld er ſelbſt aber als Menſch völlig überzeugt wäre, verurtheilen oder losſprechen müſſe? Unſtreitig darf er das letztere nicht, wohl aber darf und ſoll er eine nähere

Unter-

Was würden auch die Richter nicht alles als notoriſch annehmen, ſo falſch und unerweislich es immerhin an ſich auch ſeyn möchte (10). Wie leicht würde man, beſonders bei vermeinten Gewohnheitsrechten, mit dieſem Behelfe ohne Wahrheit durchkommen, da es ſo viele Richter gibt, die an Nichts ſo leicht, als an die leidige Praxis glauben, und daher ſehr bald mit der Ausſage, daß dieſe oder jene Gewohnheit notoriſch ſey, bei der Hand ſind. Iſt 2) eine Behauptung wirklich eben ſo wahr, als ſie allgemein dafür anerkannt wird, ſo werden auch Beweiſe derſelben deſto leichter ſeyn; wenigſtens

Unterſuchung der Sache einleiten, um ſie auch rechtlich in Gewißheit zu ſetzen; oder wenn dies nicht zu erlangen iſt, ſein Richteramt in dieſem Falle aufgeben. Man ſehe unter andern, was *Bachov* ad *Treutler* Vol. I. Diſput. XII. th. 14. lit. E F. und gegen ihn *Ziegler*, Dicaſt. concl. 35. über die Sache diſputirt haben.

(10) Daher auch Innocenz III. cap. 8. X. *de collat. clericor.* (III. 2.) ſelbſt bemerkte: Si vero publicum eſt, non ex evidentia, ſed ex fama, in eo caſu ad condemnationem eorum ſola *teſtimonia*, non ſufficiunt, quum non ſit *teſtimoniis* ſed *teſtibus* judicandum. Man vergleiche hiemit auch noch c. 20. C. 2. qu. 1.

ſtens kann es dem Gegner, wenn es an dieſen Beweiſen fehlt, nicht zugemuthet werden, die Behauptung dennoch wider ſich gelten zu laſſen. Unſere Lehrbücher ſagen daher auch zum Theil, daß, wenn das Notoriſche geleugnet würde, es alsdann auch bewieſen werden müßte. Durch dieſe Einſchränkung wird der ganze Satz wieder aufgehoben, wenigſtens durchaus unnütz. Denn was der Gegner nicht beſtreitet, braucht man auch nicht zu beweiſen, es mag übrigens allgemein bekannt ſeyn, oder nicht. Unrichtig aber iſt es, wenn man gar behauptet, daß in dem erwähnten Leugnungsfalle die **Notorietät** der Sache bewieſen werden müſſe. Das Recht, worüber die Parteien ſtreiten, hängt von der **Wahrheit** ihrer Behauptungen ab, nicht davon, ob ſie **notoriſch** ſind; daher wird auch jene, nicht aber das letztere, zu beweiſen ſeyn(11).

3) Woran läßt ſich überhaupt das Notoriſche erkennen; welche Merkmale und Bedingungen gibt es, um dies von einer Thatſache mit Sicherheit ſagen zu können, ſo wie es eigentlich die darauf zu gründende Entſcheidung des Richters billig vorausſetzt? Und wenn auch die hiſtoriſche Gewißheit irgend

(11) *J. H. Böhmer* J. E. P. Tit. de probat. (II. 19.) §. 2.

irgend einer Begebenheit im Ganzen als völlig ausgemacht anzunehmen wäre, ſo können und werden doch häufig die beſondern Umſtände, worauf es gerade in der vorkommenden Rechtsſache ankommt, noch höchſt ungewiß ſeyn. Mit einem Worte, jede Freiheit, die man dem Richter zugeſteht, ſich unter dem Vorwande des Notoriſchen über die Regel des Prozeſſes wegzuſetzen, wird immer zu einer argen Willkühr führen, und die Rechtspflege großen Mißbräuchen Preis geben.

IV.

Ueber das Geſtändniß, und deſſen rechtliche Wirkung.

Man beruft ſich auf Zeugniſſe, wenn man die 1
Ausſage eines Andern für einen Satz anführt. Wenn aber dieſer Satz ſelbſt gegen den gelten ſoll, der ihn behauptet hat, ſo iſt von Geſtändniſſen die Rede. Fateri non tertii eſt ſed rei (1). Indeß kann auch dieſer Ausdruck allerdings von Zeugen gebraucht werden, und man bedient ſich ſeiner auch wirk-

(1) *Gesner* theſaur. art. Fateor. ibique cit. *Donat.*

wirklich, inſofern, was ein Zeuge angibt, ihm in der Folge ſelbſt, oder den ſonſt von ihm geſchehenen Ausſagen, wieder entgegen geſetzt wird. Die Ausdrücke: Zeuge bekennet ſelbſt, muß ſelbſt geſtehen, u. ſ. w. kommen daher nicht ſelten in den Ausführungen der Parteien vor. Mit einer nähern Angabe und Prüfung mancher Begriffe und Eintheilungen des Geſtändniſſes, die ſich in unſern Lehrbüchern und Syſtemen finden, will ich den Leſer und mich nicht aufhalten (2a). Daß Bekenntniſſe ſich nicht bloß auf eigene Handlungen deſſen, von dem ſie herrühren, oder auf Begebenheiten, die ihn ſelbſt betroffen haben, einſchränken, — daß ſie nicht immer in Beziehung auf eine gegenſeitige Behauptung, und ſchon als Erklärung über dieſe abgegeben werden, — daß nicht alles, was Jemand ſelbſt, auch in ſeinen Angelegenheiten, behauptet, mit dem Namen eines Geſtändniſſes belegt werden könne, ſondern daß dieſer Begriff nur die beſondere Beziehung andeutet, da eine gewiſſe Behauptung dem, der ſie vorbrachte, ſelbſt entgegen ſteht,

(2a) Bei dieſer Lehre ſind beſonders nachzuſehen von Tevenar Theorie der Beweiſe im Civilprozeß. II. 1. Danz Grundſ. des ordentl. Proz. §. 292. Gönner Handb. des gem. Deutſch. Proz. IV, 44.

ſteht, — alles dieſes könnte zwar zu gegründeten
Einwürfen, gegen die Begriffe Anderer, gebraucht
werden, muß aber einem Jeden, auch ohne meine
Erinnerung, nach den verſchiedenen Formen, wor-
in Bekenntniſſe vorkommen, von ſelbſt ſchon ein-
leuchten. Das Geſtändniß iſt eine Ausſage, wo-
durch Jemand etwas, das wider ihn gelten ſoll,
als wahr anerkannt hat.

Im allgemeinen betrachtet kann das Geſtänd- 2
niß ſich über Alles erſtrecken, was wider Jemanden
vorzubringen iſt, es mag in der Bejahung oder Ver-
neinung beſtimmter Thatſachen, in der Behauptung
irgend eines Rechts, einer Forderung und Verbind-
lichkeit überhaupt, oder ſelbſt in bloßen Rechts-
ſätzen beſtehen. Allein vor Gericht, und zum
Zweck rechtlicher Entſcheidung der Streitſachen
kann doch das Geſtändniß nur bei ſolchen Dingen,
die von der Ausführung der Parteien abhangen,
und von ihnen zu begründen ſind, in Betrachtung
kommen. Es klingt immer etwas ſonderbar, wenn
die Entſcheidungsgründe der Urtheile bei einem
theſi juris nicht unbemerkt laſſen, daß der verlie-
rende Theil ſolche ſelbſt als richtig zugeſtanden habe.
Nicht nur an ſich iſt dies höchſt gleichgültig, ſon-
dern es müßte auch billig ſchon darum gar nicht
ein-

einmal erwähnt werden, weil das Urtheil ſich auf Geſetze und was dieſen wirklich gemäß iſt, gründen ſoll, und der Richter ſogar durch das Geſetz angewieſen iſt, die von den Parteien oder ihren Sachführern in gerichtlichen Vorträgen unrichtig angenommenen Rechtsſätze zu berichtigen ([2b]).

3 In Dingen, die Jemand vor Gericht zu bewahrheiten hat, iſt das Geſtändniß des Gegners ganz vorzüglich zu beachten. Nicht leicht wird der Menſch etwas als wahr behaupten oder annehmen, wovon er nachtheilige Folgen gegen ſich voraus ſieht, wenn er nicht von der Wahrheit des Behaupteten wirklich überzeugt iſt. Im Ganzen führt dies freilich zu einer innern Glaubwürdigkeit deſſen, was Jemand ſelbſt zugeſteht, die aber doch immer noch von gewiſſen Bedingungen abhängig iſt, wenn ſie dem Richter völlig genügen ſoll. Denn darin ſind wohl alle einig, daß nicht einer jeden Erzählung oder Aeußerung, die Jemand von ſich, oder von Dingen, die ihn angehen, irgend einmal gemacht hat, ſchon eine entſcheidende Beweiskraft gegen ihn beigelegt werden könne. Die

([2b]) L. 2. D. *de confeſſ.* (XLII. 1.) welche hiebei noch einigen Zweifel veranlaſſen könnte, wird in der Folge Note 18 näher erklärt.

Die Menſchen erzählen und behaupten wiſſentlich Manches gegen die Wahrheit von ſich, rühmen ſich ſogar bisweilen begangener Verbrechen, die ſie nicht verübt haben, und ſagen überhaupt aus Scherz, Leichtſinn, und Prahlerei nicht ſelten Dinge, die im Wege Rechtens als wahr und erwieſen angenommen, ihnen nachtheilig werden könnten. Es würde äußerſt hart und ungerecht ſeyn, auch dem menſchlichen Umgange übertriebenen Zwang anlegen, wenn Bekenntniſſe, in dieſem Umfange genommen, ſchon immer eine völlige Beweiskraft hätten. Mit dem Unterſchiede des gerichtlichen und außergerichtlichen Geſtändniſſes iſt die Sache gar nicht ausgemacht. Wenn das erſtere volle Beweiskraft hat, ſo iſt dieſe doch auch dem letztern an ſich keinesweges zu verſagen. Davon gibt die tägliche Erfahrung unzählige Beweiſe durch Handſchriften und andere Urkunden, denen die volle rechtliche Glaubwürdigkeit bloß wegen des, obgleich außergerichtlichen, Geſtändniſſes, welches ſie enthalten, dennoch zukommt. Nur darauf kommt es an, ob das Geſtändniß unter Umſtänden und in Verhältniſſen abgelegt wurde, die nicht füglich eine andere Abſicht als die, nach Ueberzeugung die Wahrheit zu ſagen, oder gewiſſe Rechte und Verbindlichkeiten dadurch zu begründen, vermu-

then

chen laſſen. Dahin gehört nun unſtreitig a) wenn es auf dem Grunde einer rechtsgültigen Diſpoſition über das Seine beruhet, und vermittelſt ſelbiger ertheilt, oder b) wenn es bei Gelegenheit der Sachen, die es betrifft, gegen Perſonen abgelegt ward, die ein vollkommenes Recht hatten, aufrichtige Erklärung zu fordern, oder denen man dies Recht wenigſtens zugeſtand. Hat Jemand bei Schließung eines Rechtsgeſchäftes, bei Uebernahme einer Verbindlichkeit u. d. m. Thatſachen anerkannt, die damit in Verbindung ſtehen, ſo ſind dieſe mit eben dem Rechte als wahr anzunehmen, wie das Geſchäft, oder die Verfügung ſelbſt als ernſtlich gemeint zu betrachten iſt. Waren die Perſonen, denen das Bekenntniß abgelegt ward, vollkommen berechtigt, die Angabe der Wahrheit zu verlangen, oder handelte man mit ihnen vermöge ihrer rechtlichen Theilnahme an der Sache, ſo folgt von ſelbſt, daß die aus Pflicht und Schuldigkeit, oder wenigſtens aus anerkanntem rechtlichen Intereſſe jener Perſonen, abgegebene Erklärung natürlich gegen ihren Urheber und alle die in deſſen Stelle treten — nicht, wie ſich von ſelbſt verſteht, gegen einen Dritten — als richtig und beweiſend gelten muß ([3]).

Außer

([3a]) vergl. Struben rechtl. Bed. I. 159. und Weſtphal

Außer dieſen angegebenen Verhältniſſen berechtigt meine Erklärung noch Niemanden, mich daran feſtzuhalten, und Anſprüche an mich oder meine Sachen darauf zu gründen. Jemand ſchrieb z. B. an einen Andern, der ihn um eine Anleihe erſucht hatte, daß er jetzt kein baares Geld beſitze, ſondern ſich bereits ſelbſt 50 Reichsthaler von Mevius geliehen habe. Von ungefähr bekam dieſer den Brief in die Hände, klagte auf 50 Rthl., und als ihm auferlegt ward, die Anleihe zu beweiſen, berief er ſich auf das in jenem Briefe enthaltene Geſtändniß. Dies allein konnte nichts beweiſen. In wiefern ein, obgleich an ſich nicht bündiges, Geſtändniß dennoch andern bei der Sache vorkommenden Beweisgründen eine gewiſſe Verſtärkung geben, und in Verbindung mit dieſen praeſumtionem hominis begründen könne, hängt von der Beurtheilung des Richters nach den Umſtänden ab.

Man iſt ſtreitig darüber, ob das Geſtändniß den Beweismitteln beigezählt werden könne. Iſt von Beweiſen in der weitläufigen Bedeutung des Worts die Rede, und verſteht man unter Beweismit- 4

phal Rechtsgutacht. u. Erkennt. d. bürgerl. Rechts tit. de confeſſ. (XLII. 2.) §. 2.

mitteln auch ſelbſt die Gründe für die Wahrheit einer Behauptung, ſo leidet es freilich kein Bedenken, das Bekenntniß mit dahin zu zählen, da es allerdings zu den vorzüglichſten Gründen der rechtlichen Gewißheit gehört. Bezieht ſich aber die erwähnte Frage auf die förmliche Beweisführung im ſtrengen Verſtande, (I. 1.) ſo dürfte das Gegentheil richtiger ſeyn. Denn iſt ein gewiſſer Thatumſtand im Verhör oder in Verhandlung der Sache vom Kläger oder Verklagten zugeſtanden, ſo iſt er ja nicht mehr ſtreitig, folglich die förmliche Beweisführung darüber nicht erforderlich, mithin kann auch nicht weiter von Mitteln derſelben die Rede ſeyn. Wird aber über den Umſtand, worauf es ankommt, unter den Parteien geſtritten, und vom Richter Beweis gefordert, ſo kann dieſer freilich auch durch Geſtändniſſe, die außergerichtlich, oder bei andern Gelegenheiten vor Gericht, (3 b) abgelegt worden ſind, bewirkt werden, aber genau betrachtet, ſind alsdann doch Zeugen, Urkunden oder Eidesdelation, durch welche das Geſtändniß beigebracht wird, als die eigentlichen Beweismittel anzuſehen.

Die

(3 b) Die rechtliche Wirkung dieſer Geſtändniſſe hat Gönner Handb. IV. 44. 12. ſehr richtig beurtheilt.

5 Die gemeinen in Deutſchland geltenden Rechte haben die Wirkung der Geſtändniſſe im Allgemeinen durch ausdrückliche Vorſchriften nicht ganz vollſtändig beſtimmt. Das Römiſche Geſetzbuch tit. de confeſſis hat es nur mit denen zu thun, die vor der Obrigkeit etwas zugeſtanden haben; ſo auch das Canoniſche Recht. Ueber die Kraft des außergerichtlichen Geſtändniſſes kommt nur bei Gelegenheit der Handſchriften etwas vor. Des mündlichen iſt ausdrücklich nicht erwähnt worden. Was in der Peinlichen Gerichtsordnung Carls V. von Bekenntniſſen vorgeſchrieben iſt, ſchränkt ſich auf das Criminalverfahren ein, kann folglich in Civilſtreitigkeiten keine Anwendung finden. Die Natur der Sache muß hier die allgemeinen Grundſätze an die Hand geben. Dieſe werden ſich auch in einzelnen Vorſchriften des poſitiven Rechts anerkannt finden; und deſto weniger wird ihre Anwendung da, wo es an näherer Beſtimmung fehlt, zu bezweifeln ſeyn.

6 Man redet, wenn es auf die Wirkung der Geſtändniſſe ankommt, bald von der Beweiskraft und Verbindlichkeit, bald von förmlicher Wahrheit und förmlichem Rechte derſelben, ohne ſich auf eine nähere Beſtimmung der Begriffe einzulaſſen.

Gleich=

Gleichwohl iſt dies Alles hier doch nicht einerlei. Das Geſtändniß hat a) **Beweiskraft**, inſofern überhaupt dadurch die Glaubwürdigkeit einer gewiſſen Behauptung begründet wird. Es macht b) **förmliche Wahrheit** aus, einmal in der weitläufigen Bedeutung, inſofern dieſe Beweiskraft die juridiſche, oder vor Gericht genügende Gewißheit der Sache rechtlich außer Zweifel ſetzt; im ſtrengen und eigentlichen Verſtande aber, inſofern es die rechtlich anzunehmende Wahrheit eines Satzes dergeſtalt begründet, daß dadurch jeder Streit über die wirkliche Wahrheit der Sache gänzlich ausgeſchloſſen wird. Wie läßt ſich aber ſagen, daß es auch c) eine **Verbindlichkeit** wirke? Vielleicht mittelbar, inſofern dieſe eine Folge der Thatſachen iſt, die man zugeſtanden hat? Allein dann wäre doch eigentlich der Grund der Verbindlichkeit in den gedachten Thatſachen ſelbſt, nicht aber in dem Geſtändniſſe, wodurch die Wahrheit jener nur anerkannt wird, zu ſuchen. Das Bekenntniß iſt verpflichtend, inſofern Jemand dadurch ſchuldig wird, das als wahr und richtig gelten zu laſſen, was er ſelbſt, oder der, an deſſen Fakta er gebunden iſt, einmal dafür anerkannt hat. Es wirkt in dieſem Betrachte d) **förmliches Recht** im ſtrengſten Sinne unter den Parteien, wenn es

in

in ihrer Angelegenheit, ſo viel den zugeſtandenen Punkt anbetrifft, als völlig entſcheidende Rechtsnorm dergeſtalt gilt, daß, von dieſer Seite betrachtet, kein weiterer Streit über das **wirkliche** Recht mehr Statt findet.

Nach dieſen hier zuvörderſt feſtgeſetzten Begriffen wird ſich die Sache nunmehr auf folgende allgemeine Grundſätze zurückbringen laſſen: **Erſtlich**, das Geſtändniß, wenn es mit den vorhin N. 3. bemerkten Bedingungen der Glaubwürdigkeit gehörig begleitet iſt, ſetzt der Regel nach eine Sache rechtlich in Gewißheit, hat volle Beweiskraft, und macht förmliche Wahrheit in der weitläufigen Bedeutung des Ausdrucks gegen den, von dem es herrührt, und alle diejenigen, die an deſſen Handlungen gebunden ſind.

Dieſer Satz gilt, **als Regel** betrachtet, von den Geſtändniſſen überhaupt, ſie mögen ſchriftlich oder mündlich, vor Gericht, oder außergerichtlich, ertheilt ſeyn. Es gehört zu den Ausnahmen, wenn die Geſetze **im Civilprozeſſe** den ſchriftlichen Geſtändniſſen über den Empfang a) des Darlehns, b) des Brautſchatzes, c) der Bezahlung einer Schuld, oder der Quittungen die Beweiskraft binnen einer gewiſſen Zeit nach ihrer Ausſtellung noch nicht

nicht geſtatten, und wenn im **Criminalprozeſſe** dieſe Wirkung des Geſtändniſſes gleichfalls manchen Einſchränkungen unterworfen iſt. Die Regel, als ſolche, bleibt darum nicht minder wahr (4).

Zweitens, Bekenntniſſe, bei denen jene Bedingungen der rechtlichen Glaubwürdigkeit nicht gänzlich zutreffen, haben auch die volle Beweiskraft nicht, können aber darum doch den Umſtänden nach in Verbindung mit andern Gründen zum Beweiſe mit beitragen, und ſind alſo nach den Regeln, die bei unvollſtändigen Beweiſen überhaupt eintreten, zu beurtheilen.

Drittens. Mit der vollen Beweiskraft, welche den Geſtändniſſen zukommt, und der förmlichen Wahrheit, welche dadurch im Allgemeinen begründet wird, iſt die rechtliche Möglichkeit, der Ausführung des Gegentheils noch nicht aufgehoben. Der Richter darf und ſoll freilich den gehörig zugeſtandenen Umſtand bei der Entſcheidung der Sache als ausgemacht zum Grunde legen; allein ſo lange dieſe Entſcheidung noch nicht wirklich

(4) L. 25. §. 4. D. *de probat.* L. 14. C. *de contrah. vel committ. ſtipul.* (VIII. 38) cap. 14. X. *de fide inſtrument.* (II. 22) ſ. die folg. Note.

lich erfolgt, und in die Rechtskraft eingetreten iſt, bleibt im Ganzen der Beweis des Gegentheils noch frei. Die Natur der Sache rechtfertigt dieſen Satz durchaus, und kein Geſetz iſt ihm, als Regel genommen, entgegen. Geſtändniſſe laſſen, wie alle Beweiſe rechtlicher Gegenſtände, an ſich die Möglichkeit des Gegentheils übrig. Aus der Beweiskraft und förmlichen Wahrheit überhaupt folgt daher nichts weiter, als daß die Sache jetzt, und ſo lange nichts anderes gezeigt wird, für richtig und gewiß gelten dürfe; keinesweges aber, daß der, dem ein Geſtändniß entgegenſteht, mit dieſem Beweiſe des Gegentheils gar nicht weiter zu hören ſey. Ein anderes iſt immer der Grund eines Rechts oder einer Verbindlichkeit, und etwas anderes die Bewahrheitung dieſes Grundes. Wenn zwei Zeugen eine Geldanleihe durch ihre Ausſage beglaubigen, ſo wird doch Niemand ſagen, daß das Recht des Gläubigers und die Verpflichtung des Schuldners aus dem Zeugniſſe herrühre; ſondern Jedermann wird dieſen Entſtehungsgrund in der Thatſache des geliehenen Geldes, und dieſe nur durch das Zeugniß bewieſen finden. Treten daher andere Beweiſe jenen Zeugen entgegen, ſo verliert ſich auch die faktiſche Richtigkeit, welche ihr Zeugniß ſonſt dargelegt haben würde. Nicht

anders verhält es ſich mit dem Geſtändniſſe. Durch daſſelbe wird in facto für wahr erklärt, was einen Grund von Rechten und Verbindlichkeiten ausmacht; ſelbſt aber iſt es nicht cauſa obligationis; nur als Bewahrheitung der letztern kann es betrachtet werden, und als ſolche muß es nothwendig ſeine Kraft verlieren, wenn das Gegentheil in facto gezeigt werden kann. Wer alſo vor Gericht oder außergerichtlich in Handſchriften und andern Urkunden, oder auch mündlich Thatſachen, welche Rechte und Verbindlichkeiten zur Folge haben, als wahr eingeſteht, vermöge derſelben Forderungen Anderer einräumt, und ſich dagegen zu gewiſſen Leiſtungen verpflichtet, iſt darum noch nicht gleich als ein ſolcher zu behandeln, der ſich dieſem Allen ganz unbedingt unterworfen habe, jene Thatſachen mögen übrigens wirklich der Wahrheit gemäß ſeyn oder nicht.

Kein Geſetz hat auch die Wirkung des Geſtändniſſes im Allgemeinen anders beſtimmt (5). Daher ſind unſtreitig die Fälle als Ausnahmen von der

(5) Vielmehr heißt es in L. 7. C. *de jur. et facti ignor.* (I. 18.) ganz allgemein: Error facti nec dum finito negotio nemini nocet, nam cauſa *deciſa* velamento

der Regel zu betrachten, wo das Geſtändniß mit der vollen Wirkung des förmlichen Rechts und der förmlichen Wahrheit im ſtrengſten Verſtande vor-

 kommt,

mento tali non inſtauratur. Die in der vorigen Note ſchon angeführten Geſetze ſind hier noch be-ſtimmter, wenn gleich dieſer Beweis in gewiſſen Verhältniſſen in Anſehung der Mittel etwas einge-ſchränkt iſt, wie L. 25. § 4. D. *de probat.* zu er-kennen gibt. Si ipſe ſpecialiter, qui cautionem expoſuit, cauſas explanavit, pro quibus eandem conſcripſit, tunc ſtare eum oportet ſuae confeſſioni, niſi evidentiſſimis probationibus *in ſcriptis habitis*, oſtendere paratus ſit, ſeſe haec indebite promiſiſſe. Faſt gleichlautend verordnete der Vorgänger Juſti-nians in L. 13. C. *de non num. pecun.* (IV. 30.) Generaliter ſancimus, ut ſi quid ſcriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis, ex antecedente cauſa de-ſcendentibus eamque cauſam ſpecialiter promiſſor edixerit, non jam ei licentia ſit, cauſae probatio-nem ſtipulatorem exigere, *quum* ſuis confeſſioni-bus adquieſcere debeat; *niſi certe ipſe e contrario per apertiſſima rerum argumenta ſcriptis inſerta re-ligionem judicis poſſit inſtruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum quem cautio per-hibet, negotium ſubſecutum ſit. Nimis enim indi-gnum eſſe judicamus, quod ſua quisque voce dilucide proteſtatus eſt, id in eundem caſum infirmare, te-ſtimonioque proprio reſiſtere.* So viel iſt gewiß,

daß

kommt, und die weitere Beſtreitung der Richtigkeit ſeines Inhalts gänzlich ausſchließt. Dieſe Ausnahme kann nur Statt finden: a) vermöge beſonderer Privatverfügung; b) nach beſtimmter Vorſchrift der Geſetze.

a) Den erſten Grund finden wir in jeder gültigen Willenserklärung, wodurch Jemand Rechte oder

daß der Beweis des Gegentheils durch das vorhandene Geſtändniß geradezu und an ſich nicht ausgeſchloſſen iſt. Von der Einſchränkung in Anſehung der Mittel dieſes Beweiſes, die ſich als beſondere Wirkung der Handſchriften oder Schuldverſchreibungen auf andere Fälle nicht anwenden läßt, *J. H. Böhmer* de colliſ. probat. cap. 2. §. 8. Exercit. ad D. Tom. IV. iſt hier die Rede nicht. Sonſt wäre Juſtinians nachherige Verordnung L. 14. C. *de contrah. vel* committ. ſtipulat. (VIII. 38.) in den Worten: *liquidis ac manifeſtiſſimis probationibus* et melius quidem ſi per ſcripturam vel ſaltem *per teſtes undique idoneos et omni exceptione majores* oſtenderit etc. und die Vorſchrift Gregors IX. cap. 14. x. *de fide inſtrum.* (II. 22.), welche ganz allgemein, und ohne weitere Beſtimmung dahin lautet: Si cauſam propter quam hujusmodi ſcriptura proceſſerit, expreſſeris in eadem, confeſſioni tuae ſtatur, niſi probaveris te id indebite promiſiſſe, dabei nicht außer Acht zu laſſen.

oder Forderungen Anderer, und ſeiner Seits gewiſſe Verbindlichkeiten unbedingt dergeſtalt als richtig anerkennt, daß die Abſicht, **durch dieſe** Anerkennung ſelbſt die gegenſeitigen Rechte und Forderungen völlig zu **begründen** und die rechtliche Möglichkeit einer Beſtreitung derſelben gänzlich aufzuheben, deutlich hervorleuchtet. Daraus, daß Jemand einen Umſtand zugibt, ſelbſt wenn er vom Gegentheil überzeugt iſt, folgt dieſe Abſicht an ſich noch keinesweges. Der Ausſteller einer Handſchrift kann es wiſſen, daß er das Geld, deſſen Empfang er bekennet, nicht erhalten habe, und muß darum doch mit ſeinem Einwande gehört werden. Noch weniger wird man dieſes dem, der aus Irrthum das Unwahre als wahr einräumte, verſagen können. Ob der Irrthum vermeidlich oder unvermeidlich, verſchuldet oder nicht verſchuldet war, macht hier ebenfalls keinen Unterſchied. Immer fehlt es dabei doch an der Abſicht des Bekennenden, ſich auf jeden Fall und unbedingt den Anſpruch des Andern gefallen zu laſſen.

Geſetzt aber, daß eine bisher ſtreitig geweſene Forderung jetzt durch **Vergleich** als wahr und richtig anerkannt — daß ein Erbe durch das legatum debiti vom Teſtator ſchlechthin zu einer gewiſ-

ſen

ſen Schuld und deren Bezahlung verpflichtet — (6) daß eine cedirte Forderung von dem Schuldner von Neuem unbedingt übernommen, und der Ceſſionar als wahrer Gläubiger ohne Vorbehalt von jenem anerkannt wird — (7) ſo tritt in dieſen, und ihnen gleichen Fällen dem Geſtändniſſe zugleich noch eine bündige Verfügung bei, wodurch Jemand, wenn er es auch vorher nicht war, doch nunmehr juris intellectu als wirklicher Schuldner angenommen wird, ſo daß in dieſer Verbindung eine eigne von der wirklichen Wahrheit des Anerkannten nicht mehr abhängige Verpflichtungsurſache — nova cauſa obligationis — vorhanden iſt. Man wird in vorkommenden Fällen genau darauf zu achten haben, in wiefern die erwähnten beſondern Ver-hält-

(6) L. 28. pr. D. *de legat.* I. Si creditori meo, *tutus* adverſus eum *exceptione*, id quod ei debeo legem, utile legatum eſt, *quia remiſſa ei exceptio videtur.* L. 25. fin. D. *de liberat. leg.* (XXXIV. 3.) — Quodſi centum aureos, quos ſe debere dixit, legavit, ſi quidem debet, inutile eſt legatum; quodſi non fuit debitor, placuit utile eſſe legatum. Certa enim nummorum quantitas ſimilis eſt Sticho legato cum demonſtratione falſa, idque et Divus Pius reſcripſit certa pecunia dotis acceptae nomine legata.

(7) *Wernher* obſervat. ſelect. Tom. II. P. 7. obſ. 182.

hältniſſe dabei eintreten. Geſtändniſſe, die ſich aus dieſem Geſichtspunkte eigentlich nicht behandeln laſſen, können auch in ihrer Wirkung nicht über die vorhin bemerkte Regel hinausgehen, wenn nicht die beſonderen Vorſchriften der Geſetze, wovon bei der zweiten Art der Ausnahmen die Rede ſeyn wird, ſolches mit ſich bringen. Zuvor wird aber über die Theorie eines neuern Schriftſtellers hier noch einiges zu ſagen ſeyn.

Gönner (8) iſt der Meinung, daß die Wirkung des Geſtändniſſes im bürgerlichen Prozeſſe überhaupt in der Betrachtung ruhe, daß ein Jeder über ſeine Rechte diſponiren könne. Aus dieſer freien Verfügung über das Seine, vermöge welcher es dem Bekennenden freiſtand, einem Andern gewiſſe Rechte zuzugeſtehen, und dagegen auch ſelbſt Verbindlichkeiten zu übernehmen, oder dieſe Andern zu erlaſſen, ſucht der angeführte Rechtsgelehrte die rechtlichen Folgen der Geſtändniſſe durchgängig, ſo wie deren Einſchränkungen zu erklären, bemerkt aber auch dabei, daß es an einigen durch die Geſetze ſelbſt veranlaßten Inconſequenzen nicht fehle, wenn gleichwohl in Dingen, wor-

(8) Handb. des Deutſch. gemein. Proz. IV. 44. 3 u. ſ. w.

worüber die freie Privatdiſpoſition nicht Statt fände, dennoch dem Bekenntniſſe die rechtliche Wirkung geſtattet würde. Eben dieſe Wahrneh-mung könnte aber wohl eher gegen die erwähnte Anſicht der Sache ſelbſt etwas mißtrauiſch machen, ob ſie überhaupt ſo ganz richtig und durchgreifend ſey, als ſie vorgeſtellt wird. Daß es beſondere Fälle gibt, wo das Geſtändniß als freie Diſpoſi-tion über das Seine gilt, und als ſolche auch förm-liches Recht im ſtrengſten Sinne wirkt, haben wir geſehen.

Daß dies aber nicht überall und als Regel anzunehmen ſey, iſt aus dem Vorhergehenden eben-falls einleuchtend. Werden die Thatſachen, wor-auf ein ſtreitender Theil ſein Recht oder ſeine For-derung gründet, von dem andern eingeräumt, und dieſer darauf verurtheilt, ſo geſchieht das letztere darum, weil die Angabe des Gegners hier recht-lich als wahr anzunehmen iſt, nicht aber, weil er durch das Geſtändniß über das Seine diſponirt hat. Denn von hieraus beurtheilt, würde das Bekenntniß allein nur bei Dingen wirkſam ſeyn, worüber Jemand einſeitig und frei verfügen kann. Dies läßt ſich aber doch, wie **Gönner** ſelbſt be-merkt, nicht durchweg behaupten. Oeffentliche

Stra-

Strafen z. B. können Niemanden, weil er ſie leiden will, (9) ſondern nur dem Schuldigen darum auferlegt werden, weil er ſie verdient hat, und dieſes als rechtlich wahr anzunehmen iſt. Zwar iſt jezt nur vom Civilprozeſſe die Rede; aber in der That ſollte doch ein Grund, welcher hier das Geſtändniß unwirkſam machte, eben dies noch mehr im Criminalverfahren zur Folge haben. Und gleichwohl ſteht auch dort das Bekenntniß des Angeſchuldigten unter den Gründen der rechtlichen Glaubwürdigkeit oben an, wenn es gleich, zumal in wichtigern Criminalfällen zur Verurtheilung allein nicht genügt (10). Da, wo es aber zum Zweck eines Straferkenntniſſes genügt, wird man die Vorſtellung einer freiwilligen Diſpoſition über das Seine nicht füglich zum Grunde legen können, folglich kann auch im Gegentheile der Mangel dieſer Befugniß nicht genügen, um daraus die Einſchränkungen der Sache zu erklären. Vielmehr werden die Urſachen dieſer Einſchränkungen nur aus der Möglichkeit, daß das Geſtändniß doch trügen

(9) *Voet.* comment. ad Pand. tit. de jurisdict. (II. 1.) §. 40.

(10) *Matthaeus* de crimin. XLVIII. 16. 1. *Böhmer* ad *Carpzov.* qu. 114. obſ. 1.

gen könnte, hergenommen (11a) — Ferner kann jene Vorſtellung mit dem als Regel ganz unleugbaren Grundſatze, daß Bekenntniſſe den Beweis des Gegentheils keineswegs ausſchließen, ebenfalls nicht füglich beſtehen; ſie würde vielmehr den Bekennenden immer geradezu verpflichten, bei dem zu bleiben, was er einmal durch gültige Verfügung über das Seine auf ſich genommen hätte. Allen dieſem wird man ohne Schwierigkeit nicht ausweichen können. Richtiger läßt man es daher bei der Beweiskraft, die das Geſtändniß wegen der damit verbundenen innern Glaubwürdigkeit gegen den, von dem es herrührt, nach ſich ziehet, als Regel bewenden; und bringt die freie vollgültige Diſpoſition über das Seine nur bei den Fällen der Ausnahme in Anrege, wo das einmal Zugeſtandene nun auch als förmliches Recht keine weitere Beſtreitung zuläßt.

Von dieſen Ausnahmen, inſofern ſie bloße
10 Folgen einer Privatwillenserklärung ſind, iſt vorhin ſchon die Rede geweſen. Sie können aber auch

b) durch beſondere Vorſchriften der Geſetze beſtimmt ſeyn. Dahin würde als Beiſpiel unter andern

(11a) L. 1. §. 17. u. 27. D. *de Quaeſt.* (XLVIII. 18.)

andern zu rechnen ſeyn, 1) wenn das ſchriftliche Bekenntniß über den Empfang eines Darlehns, Brautſchatzes, oder einer bezahlten Schuld, nach dem Ablauf gewiſſer Zeitfriſten gegen den Ausſteller oder deſſen Erben, völlig entſcheiden, und keinen Beweis des Gegentheils geſtatten ſoll. In wiefern man dieſe Strenge als den wahren Sinn der Geſetze und als noch geltende Vorſchrift annehmen könne, worüber die Meinungen noch verſchieden ſind, iſt hier nicht weiter zu unterſuchen. 2) Wenn die Geſetze den Verklagten, qui liti ſe obtulit, nun ſchlechthin nach ſeiner Ausſage behandelt wiſſen wollen — vorausgeſetzt, daß der Kläger das Gegentheil nicht auch ſchon gewußt haben ſollte ([11 b]). Dies kann aber als beſondere Strafe der Chikane und in den Fällen, wo die Geſetze es beſtimmt haben, angewandt, keineswegs aber als allgemeine Regel behauptet werden, daß überhaupt der,

([11 b]) L. 45. D. *de heredit. petit.* (V. 3.) Qui ſe liti obtulit, quum rem non poſſideret, condemnatur, niſi evidentiſſimis probationibus poſſit oſtendere, actorem ab initio litis ſcire, eum non poſſidere, quippe iſto modó non eſt deceptatus. — L. 13. §. 13. *ibid.* L. 25. 26. 27. D. *de rei vindicat.* (VI. 1.)

der, welcher wiſſentlich etwas gegen die Wahrheit bekannt hätte, ſchlechthin gegen dies Bekenntniß gar nicht weiter zu hören ſey. So hat es kein Geſetz geordnet. Zwar ſucht Gönner ([11 c]) das Gegentheil zu behaupten; allein die Gründe ſind nicht überzeugend. Von der wiſſentlich indebite geſchehenen Zahlung, wo die Abſicht, aus dem Seinigen etwas einzubüßen, deutlich in der Handlung liegt, iſt auf das wiſſentlich unwahre Geſtändniß nicht zu argumentiren. Dieſes kann durch die Vorſtellung eines gleichgültigen Umſtandes, oder dadurch, daß man ihn ſelbſt für ſich vortheilhaft geglaubt hat, allerdings aber auch durch die Abſicht zu chikaniren veranlaßt ſeyn. Wie dem auch ſey, ſo folgt doch ohne nähere Beſtimmung der Geſetze für den Gegner nichts weiter daraus, als daß er ſeiner Seits dieſen Umſtand nicht weiter zu beweiſen nöthig habe, keineswegs aber, daß das wirkliche Verhältniß der Sache von dem, der es einmal ſelbſt anders behauptet hat, gar nicht mehr geltend gemacht werden könne. Dieſe Strafe der vor Gericht geredeten Unwahrheit ſetzt unſtreitig eine beſtimmte Anordnung der Geſetze voraus, ohne welche ſie von keinem Richter zu verfügen iſt. Gilt dies

([11 c]) Handb. IV. 44. 5.

dies nun von dem, der ſelbſt die Wahrheit der Sache kannte, ſo wird es auch, und wohl noch mehr, von dem gelten, deſſen Irrthum leicht vermeidlich, mithin ſchuldbar war.

Noch enthält aber das Römiſche Civilrecht 3) eine ganz eigene Vorſchrift in Anſehung deſſen überhaupt, was Jemand **gerichtlich** zugeſtanden hat, die bekannte Regel, nämlich: confeſſus *in jure* pro *judicato* habetur ([12]). Dieſer der Römiſchen Prozeßform ganz eigene Grundſatz bezieht ſich urſprünglich auf das getrennte Verfahren vor dem Magiſtrat, und dem eigentlichen Richter, dem jener die Unterſuchung der Sache übertrug, worauf ſodann die förmliche Entſcheidung durch das Urtheil erfolgte. Ward die Sache nun ſchon bei dem Magiſtrat durch gegenſeitiges Geſtändniß außer Streit geſetzt, ſo bedurfte es einer weitern Unterſuchung nicht. Der confeſſus *in jure* hatte ſich bereits ſelbſt gerichtet, und war dem Urtheile des Rich-

([12]) L. 1. D. de confeſſ. (XLII. 2.) Confeſſus pro judicato eſt, qui quodammodo *ſua ſententia* damnatur. L. un. C. *eod.* (VII. 59.) Confeſſos *in jure* pro judicatis haberi placet. Quare ſine cauſa deſideras recedi a confeſſione tua, quum et *ſolvere* cogeris.

Richters zuvorgekommen — pro judicato erat habendus. — Natürlich galt dies aber nur von dem, der vor dem ordentlichen und gehörigen Magiſtrat, des Gegners Forderungen, oder das von ihm behauptete Recht ſelbſt, oder die Thatſachen, woraus deſſen Anmaßung rechtlich folgte, **ohne Ausflüchte** als richtig und wahr einräumte ([13]). Die Wir-

([13]) Nur dieſer iſt im eigentlichen Verſtande confeſſus in jure; nicht alſo der Verklagte, welcher den faktiſchen Grund der Klage zwar ganz einräumt, aber Einreden vorſchützt, oder das Recht des Klägers als ipſo jure erloſchen beſtreitet, folglich eben dadurch den gegenſeitigen Anſpruch überhaupt nicht anerkennt. *Hugo Donell* ad rubr. tit. cod. de exceptionib. und Comment. jur. civil. XXII. 1. *Vinnius* comm. ad Inſtit. tit. de except. (IV. 13.) Das Geſtändniß in jure mußte übrigens von dem Theile, den es binden ſollte, ſelbſt abgelegt ſeyn, obgleich von Seiten des Gegners die Gegenwart eines Anwaltes genügte. — L. 6. §. 3. D. de confeſſis — Certe Procuratorem, tutorem, curatoremve praeſentem eſſe ſufficit. — §. 4. ibid. Sed an et ipſos procuratores vel tutores, vel curatores fateri ſufficiat, videamus? Et non puto ſufficere. §. 5. In pupillo tutoris auctoritatem exigimus. Minorem a confeſſione ſua reſtituemus. Dagegen bemerkt *Paul. recept. Sent.* V. §. 3. Confiteri quis *in judicio* — nicht in jure — non tantum ſua voce,

Wirkung dieſer confeſſio in jure war dieſelbe, wie ſie das rechtskräftige Urtheil mit ſich brachte (14). Keine neue Erörterung der Sache fand der Regel nach dagegen Statt (15). Der Einwand des Irrthums iſt zwar nicht ganz bei dieſen Geſtändniſſen in

voce, ſed et litteris et quocunque modo poteſt. Convinci autem non niſi ſcriptura aut teſtibus poteſt.

(14) L. 6. §. 2. D. *de confeſſis*. Sed et ſi fundum vindicem meum eſſe, tuque confeſſus ſis, perinde habearis atque ſi dominii mei fundum eſſe pronunciatum eſſet. Et ſi alia quacunque actione civili, vel honoraria, vel interdicto exhibitorio, vel reſtitutorio, vel prohibitorio, dum quis convenitur, confitetur, dici poteſt, in his omnibus ſubſequi Praetorem voluntatem orationis Divi Marci debere, et omne omnino, quod quis confeſſus eſt, pro judicato haberi. Dem Verklagten, welcher des Rechts des Klägers einmal geſtändig war, wurden daher auch nur eben die Friſten zur Bezahlung zugeſtanden, die dem rechtskräftig Verurtheilten zu Gute kommen konnten, wie aus den hierauf folgenden Worten dieſer Geſetzſtelle und § 6. ibid. erhellet.

(15) L. un. C. de confeſſ. ſiehe die vorige Note 12. L. 56. D. de re jud. (XLII. 1.) Poſt rem judicatam, vel jurejurando deciſam, vel *confeſſionem in jure factam* nihil quaeritur poſt orationem Divi Marci, quia in jure confeſſi pro judicatis habentur.

in jure außer Acht zu laſſen. Vielmehr heißt es in den Geſetzen ſelbſt: Non fatetur qui errat, niſi jus ignoravit (16). Allein aus andern Stellen ergibt es ſich, mit welcher Einſchränkung dieſer Satz anzunehmen ſey, und daß der gedachte Einwand nur dann in Betrachtung kommen könne, wenn der Irrthum nicht ſowohl einzig und zunächſt den gegenwärtigen Streitpunkt, als vielmehr Dinge betrifft, die als wahr vorausgeſetzt werden müſſen, ehe überall von der eigentlich vorkommenden Streitfrage die Rede ſeyn kann. Geſetzt, der Verklagte, welcher aus dem Aquiliſchen Geſetze wegen eines getödteten Sklaven belangt ward, geſtand in jure dieſe Tödtung zu, ſo war er freilich in der Folge noch zu hören, wenn er zeigen konnte, daß der Knecht gar nicht getödtet ſey; war aber dies geſchehen, ſo half es ihm nicht, wenn er auch beweiſen wollte und konnte, daß er ihn nicht getödtet hätte (17). Hatte ferner der Verklagte ſich einmal als

(16) L. 2. D. *de confeſſ.*

(17) L. 23. §. 11. D. ad *Leg. Aquil.* (IX. 2.) Si quis hominem vivum falſo confiteatur occidiſſe, et poſtea paratus ſit oſtendere, hominem vivum eſſe, Julianus ſcribit, ceſſare Aquiliam, quamvis confeſſus ſit ſe occidiſſe. Hoc enim ſolum remittere actori confeſſoriam actionem ne neceſſe habeat docere, *eum* occi-

als den Schuldner eines gewiſſen Objekts bekannt; ſo kam ihm auch gegen dies Bekenntniß ſelbſt der Einwand des Untergangs der Sache nachhin nicht weiter zu Statten ([18]). Geſtändniſſe, die nicht vor

occidiſſe; *caeterum occiſum eſſe hominem a quocunque oportet* L. 24. ibid. Hoc apertius eſt circa vulneratum hominem, nam ſi confeſſus ſit vulneraſſe, nec ſit vulneratus, aeſtimationem cujus vulneris faciemus? vel ad quod tempus recurremus? L. 25. ibid. Proinde ſi occiſus quidem non ſit, mortuus autem ſit, magis eſt, ut non teneatur in mortuo, licet faſſus ſit. L. 4. D. *de confeſſis.* Si is, cum quo Lege Aquilia agitur, confeſſus eſt ſervum occidiſſe, *licet non occiderit*, ſi tamen occiſus ſit homo, ex confeſſo tenetur.

([18]) L. 3. D. *de confeſſ.* Julianus ait confeſſum certum ſe debere legatum omnimodo damnandum etiamſi in rerum natura non fuiſſet, et ſi jam a natura receſſit, ita tamen, ut in aeſtimationem ejus damnetur, quia confeſſus pro judicato habetur. L. 5. ibid. Qui Stichum debere ſe confeſſus eſt, ſive mortuus jam Stichus erat, ſive poſt litis conteſtationem deceſſerit, condemnandus eſt. Der Verklagte mochte ſich hiebei in facto oder in jure geirrt haben, genug er hatte die Forderung des Klägers ſelbſt einmal als wahr und richtig anerkannt, und war vermöge dieſes Geſtändniſſes jetzt unbedingt

vor dem ordentlichen und competenten Magiſtrat, nicht in Sachen ordentlicher Cognition, eigentlich in

als Schuldner anzunehmen, wie aus dieſen Geſetzen deutlich erhellet. Daß beſonders auch Unwiſſenheit oder irrige Vorſtellung des Rechts, wenn dieſe etwa das Geſtändniß veranlaßt hätten, keine Entſchuldigung dagegen begründeten, erhellet aus der vorhin ſchon angeführten L. 2. D. de confeſſ. Non fatetur qui errat, niſi jus ignoravit. Man würde aber dies Geſetz ſehr unrichtig anwenden, wenn man vermöge deſſelben den Richter berechtigt und verpflichtet halten wollte, jeden, auch unrichtigen, Rechtsſatz, den eine Partei vorgebracht hätte, eben darum, weil er einmal von ihr zugeſtanden wäre, gegen ſie geltend zu machen, welches andern bekannten Vorſchriften offenbar zuwider ſeyn würde. Nur 1) von der Römiſchen confeſſio in jure iſt hier eigentlich die Rede; 2) nicht von dem, der einen unrichtigen Rechtsſatz ſelbſt vortrug, ſondern von dem, der die Forderung oder das ſubjektive Recht eines Andern eingeräumt hatte, und jetzt etwa aus dem verkannten oder mißverſtandenen objektiven Rechte Ausflüchte dagegen hernehmen wollte. — Mit den vorigen Geſetzen 3. und 5. iſt auch L. 8. *ibid.* verb. Non omnimodo confeſſus condemnari debet rei nomine, quae an in rerum natura eſſet incertum ſit, nicht im Widerſpruche. Denn Paulus, von dem auch die vorhin angeführte L. 3. herrührt, ſagt hier nur:

in jure, ſondern in judicio oder gar außergerichtlich abgelegt waren, hatten natürlich als ſolche, und an ſich ſchon die volle Wirkung der Rechtskraft nicht. Sie konnten allerdings den Umſtänden nach die Wahrheit einer Thatſache begründen, ohne jedoch den Beweis des Gegentheils auszuſchließen (19). Schon nach neuerm Römiſchen

 Recht

nur: *non omnimodo* condemnari debet — incertum ſit. Von dem wirklichen, hier aber noch ungewiſſen Daſeyn oder Nichtdaſeyn der Sache hängt es ab, in wiefern und wozu der Schuldige verurtheilt werden darf, ob zur Lieferung der Sache ſelbſt, oder zur Leiſtung ihres Werths, wie die Gloſſatoren ad h. L. ſchon bemerkten.

(19) Iſt das Geſtändniß nicht in jure, ſondern in judicio abgegeben, ſo muß erſt der Ausſpruch des Richters erfolgt ſeyn, wenn Rechtskraft eintreten ſoll. L. 74. pr. D. de judic. (V. 1.) Gönner Handb. d. Proz. IV. 44. 11. Bis dahin findet alſo L. 7. C. *de jur. et facti ignor.* (Note 5.) ihre Anwendung. Noch kann hiebei zur Erläuterung dienen L. 7. D. *de confeſſ.* Quum fideicommiſſum peteretur heres confeſſus eſt debere. Arbiter ad reſtituendum datus comperit nihil deberi. Quaeſitum eſt, an poſſit abſoluere? Reſpondi, poſſe intereſſe, qua ex cauſa nihil debeatur. Nam ſi ob id, quod nullum fideicommiſſum fuerit, non debere eum

ab-

Recht findet das getheilte Verfahren in jure et judicio

abſolvere. Si vero quia teſtator forte ſolvendo non erat, aut quod heres omne ſolutum eſſe apud Praetorem dixerat, et quum controverſia et computatio difficilior eſſet, arbiter datus fuerit, ſalvo officio eum abſoluturum. Has enim partes ejus eſſe, ut ſi in computatione nihil inveniatur, poſſit abſolvere. *Sed et, ex ſuperiore caſu ad Praetorem remittere debeat, ut abſolvatur.* Africanus ſucht an dieſer Stelle nicht ſowohl die rechtliche Wirkung des Geſtändniſſes, als vielmehr nur bei Gelegenheit deſſelben die Befugniß des zur völligen Auseinanderſetzung der Parteien beſtellten arbitri, der bekanntlich auf die in der Inſtruktion des Magiſtrats ihm vorgezeichnete Form eingeſchränkt war, zu beſtimmen. Von dieſer Seite betrachtet, hat *Anton Faber* error. pragmat. LXXXIX. 7., auf den ich hier vorzüglich verweiſe, die ganze Stelle trefflich erläutert. Daß am Ende doch der Prätor den Erben, ſeines Geſtändniſſes ungeachtet, von der Klage losſprach, wenn ſich ergab, daß der Erblaſſer das Fideicommiß gar nicht angeordnet habe, konnte verſchiedene Gründe haben, theils aus dem Vorbringen der Parteien, worüber African ſich nicht näher erklärt, theils daher, weil der Magiſtrat, dem Sachen dieſer Art beſonders anvertraut waren — Praetor fideicommiſſarius — dabei außer der Ordnung verfuhr, zwar arbitrum zur Auseinanderſetzung der Parteien, aber doch eigentlich keinen judicem zur Unterſuchung der That-

dicio nicht mehr Statt (20 a). Am allerwenigſten aber können die in unſern Gerichten geſchehenen Geſtändniſſe als jene confeſſiones in jure factae behandelt werden. Der Richter kann auf das Bekenntniß ſeinen Ausſpruch gründen, aber dieſer muß doch erſt wirklich erfolgt, und ſelbſt in Rechtskraft getreten ſeyn, um auch das förmliche Recht im ſtrengen Sinne behaupten zu können.

Daß das Geſtändniß der Regel nach den Be- 11
weis des Gegentheils nicht ausſchließe, iſt im Vorhergehenden gezeigt worden. Aber damit iſt freilich noch nicht geſagt, daß Jemand bloß nach Willkühr ein bereits abgelegtes Erkenntniß wieder zurück nehmen, und dadurch die Sache in den Stand ſetzen dürfe, worin ſie ſich ohne daſſelbe befunden haben würde. Die Sachführer müſſen indeß an die Zuläſſigkeit eines ſolchen Widerrufs ſehr glauben,

Thatſachen beſtellte, ſondern dieſe ſelbſt übernahm, L. 178. §. 2. D. de V. S. *Ulpian* fragm. XXV. 12., folglich von einer confeſſio in jure im genauen Verſtande die Rede nicht war.

(20 a) §. ult. I. de interdict. (IV. 15.) Quoties extra ordinem jus dicitur, qualia ſunt hodie omnia judicia etc. L. 2. C. de pedan. jud. (III. 3.) Glücks Pandekten, Th. 3. §. 184. und 190.

ben, weil ſie überall, wo ein Umſtand, der ihnen vortheilhaft ſcheint, vom Gegner bekannt wird, mit der nützlichen Annahme deſſelben — acceptatio utiliſſima — bei der Hand ſind. Dieſer Behelf hat gar keinen rechtlichen Grund für ſich. Das Geſtändniß hat, wenn die vorhin bemerkten Rechtsgründe, wovon ſeine Wirkung abhängt, vorhanden ſind, ſchon als einſeitige Erklärung volle Kraft, und macht gegen den, der es geleiſtet hat, unſtreitig, wenigſtens einſtweilen, rechtliche Wahrheit aus. Fehlt es aber an jenen Rechtsgründen und iſt das Geſtändniß, an ſich betrachtet, unwirkſam, ſo kann es durch die Acceptation keine Bündigkeit erhalten, die es ſonſt nicht hat; und dann iſt auch nicht ſowohl von der Zuläſſigkeit des Widerrufs, als vielmehr von der Beſtreitung der Gültigkeit des Geſtändniſſes an ſich die Rede. Darauf alſo, ob der Gegner einen zugeſtandenen Umſtand ſchon acceptirt habe, oder nicht, kann gar keine Rückſicht genommen werden. Fragt man nun im Ganzen, in wiefern Geſtändniſſe wieder einſeitig zurück genommen werden können, ſo iſt vor allen Dingen auf die Lage zu ſehen, worin ſich die Rechtsſache jetzt, da die Zurücknahme geſchehen ſoll, befindet. Iſt ſie ſchon rechtskräftig entſchieden, ſo kann der gedachte Widerruf na-

türlich nur in ſofern Statt finden, als er mit gerechten Urſachen der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen die eingetretene Rechtskraft ſich unterſtützen läßt. Eben ſo verhält es ſich auch in den übrigen vorhin bemerkten Fällen, wo das Geſtändniß nach beſondern Gründen mit der vollen Wirkung des förmlichen Rechts unter den Parteien verbunden iſt.

Dieſe Verhältniſſe abgerechnet, folgt aber aus der Beweiskraft, die den Bekenntniſſen zukommt, und aus der rechtlichen Wahrheit, die durch ſie begründet wird, an ſich nichts weiter, als daß der Gegner, welcher dieſe für ſich hat, mit weiterer Beweisführung in Anſehung derſelben nicht zu beläſtigen ſey. Alſo kann das gültige Geſtändniß zu dem Zwecke, damit der Gegner den eingeräumten Umſtand nun doch erſt beweiſen ſoll, nicht widerrufen werden. Hingegen dem, der aus Irrthum etwas Unwahres als wahr bekannt hat, muß es doch der Regel nach, ſo lange die Streitſache noch nicht rechtskräftig entſchieden iſt, frei ſtehen, das Bekenntniß wieder aufzurufen, wenn er ſelbſt durch Beweis des Gegentheils den behaupteten Irrthum darthun will. Dies Alles hat, als Regel betrachtet, ſeine unläugbare Richtigkeit

keit (20 b); doch gibt es in Anſehung der Irrthümer, die ein Advokat in der Verhandlung der Sache ſeiner Partei begangen hat, beſondere geſetzliche Beſtimmungen, deren wir hier noch zu erwähnen haben.

12 Die Sache wird bekanntlich von den Auslegern verſchieden dargeſtellt (21). Vielleicht kann ſie gerade bei dieſer Gelegenheit, wo von der Zurücknahme der Geſtändniſſe überhaupt die Rede iſt, der Gewißheit etwas näher gebracht werden.

Daß der Rechtsirrthum des Advokaten oder Anwaltes dem Clienten nicht ſchaden könne, da

der

(20 b) Hoffentlich wird auch nicht leicht aus der litis conteſtatio, als ſogenannter Quaſicontrakt betrachtet, da dieſe Vorſtellung ohnehin ganz unrichtig iſt — vergl. die Schrift von der natürl. Verbindl. §. 27. — ein Argument gegen dieſe in den vorhin angeführten Geſetzen ſo ganz allgemein beſtätigte Regel hergenommen werden, obgleich *Wernher* ſel. obſervat. X 380. dergleichen einmal als Zweifelsgrund äußerte.

(21) *Leyſer* med. ad Pand. XLVIII. 5. 6. 7. Strube R. B. I. 136. *Siegfr. Caeſo ab Aeminga* de revocatione erroris ab Advocato commiſſi. Gryphiswald. 1766. Glück's Pandekt. 5. Th. §. 368.

der Richter ſolchen, er mag begangen ſeyn von wem er wolle, immer ſchon von Amtswegen verbeſſern muß, verſteht ſich von ſelbſt. Was aber den faktiſchen Irrthum anbetrifft, hat man zwei Fragen zu unterſcheiden. Erſtlich: Findet überhaupt die Zurücknahme deſſelben Statt? Zweitens: Mit welchem Erfolg kann der Widerruf des Irrthums geſchehen? Die erſte Frage iſt auch hier ganz nach den bisher vorgetragenen Regeln, folglich allerdings mit Ja zu beantworten. Bis eine rechtskräftige Entſcheidung erfolgt iſt, ſteht der Widerruf an ſich dem Clienten immer frei. Nach eingetretener Rechtskraft bleibt dem verletzten Theile nur das Reſtitutionsgeſuch, ſo weit dieſes überhaupt dagegen nach beſondern Gründen noch zuläſſig iſt, übrig (22); mit dem alleinigen Widerru-

ſe

(22) Cap. 2. x. *de in integr. reſtit. in 6to* (I. 21.) Si adverſus confeſſionen in judicio a ſe factam, laeſa ecclesia beneficium reſtitutionis in integrum intra quadriennium ab ipſius confeſſionis tempore computandum petere negligenter omittat, non eſt (niſi aliquid rationabile adpareat, quod aliud ſuaſerit faciendum) ad hoc petendum ulterius admittenda. Ubi vero per *viam communem* revocationis erroris quem in facto praetendit, vult adverſus ſuam confeſſionem eccleſia ſe juvare hoc quandocunque poterit, donec negotium ſit finitum.

ſe des Bekenntniſſes hingegen iſt er nicht zu hö-ren (23).

13 Die **zweite** Frage betreffend, wird man unſtreitig den Grundſatz als Regel gelten laſſen müſſen: Was der Advokat mündlich **in Gegenwart** ſeiner Partei, oder was er ſchriftlich in Aufſätzen, welche dieſer bekannt waren, vorträgt, iſt eben ſo anzuſehen, und hat daher gleichen Erfolg, als wenn es die Partei ſelbſt vorgebracht hätte (24). Hieraus würde alſo folgen, daß der Client zwar berechtigt ſey, die ihm nachtheilige Behauptung bis zur eingetretenen Rechtskraft zurückzunehmen, daß er ſich aber auch damit zugleich die Verbindlichkeit auflege, das Gegentheil des ſonſt als wahr anzu-

(23) Cit. cap. 2. X. *de reſt. in int.* L. 3. C. *de error. advocat.* (II. 10) Sententiis finita negotia reſcriptis revocari non oportet, nec enim quae conſtituta ſunt, ut advocatorum error litigatoribus non noceat, tibi etiam opitulari poſſunt, cum te praeſente neque cauſae palam ex continenti, id eſt trido proximo contradixiſſe, neque poſt ſententiam appellationis remedio, ſi tibi haec diſplicebant, uſam eſſe proponas.

(24) L. 1. C. *ibid.* Ea quae advocati, praeſentibus his quorum cauſae aguntur, allegant, perinde habenda ſunt, ac ſi ab ipſis dominis litium proferantur.

anzunehmenden Satzes zu beweiſen, vorausgeſetzt, was ſich hier und ſo oft von dieſem Beweiſe die Rede iſt, von ſelbſt verſteht, daß die vorkommenden Thatſachen an ſich und in Beziehung auf den gegenwärtigen Rechtsſtreit, einer förmlichen Beweisführung bedürfen. Weil es aber bei manchen, zumal der Rechte ganz unkundigen Parteien leicht möglich iſt, daß in den mündlichen oder ſchriftlichen Vorträgen ihrer Sachführer dies oder jenes von ihnen nicht gehörig beachtet wird, daß ferner der Anwalt ſeine Partei, und dieſe wiederum ihren Sachführer mißverſteht, und es dann hart ſeyn würde, dem Clienten das Unwahre als wahr aufzudringen, oder ſie mit Beweiſen, wovon ſie eigentlich frei geweſen wären, zu beläſtigen, ſo iſt es eine billige Nachſicht der Geſetze, wenn ſie dem Clienten hier noch eine, obgleich kurze Friſt von drey Tagen geſtatten, um binnen ſelbiger die Behauptung des Advokaten zurücknehmen, und ſich dadurch von der nachtheiligen Wirkung derſelben befreien zu können (25). Natürlich muß alſo nun zwi=

(25) cit. L. 3. C. ibid. Man iſt zwar über die Rechtheit der Worte: *id eſt triduo proximo*, in dieſer Conſtitution nicht ganz einig. Allein die Gründe dawider ſind nicht entſcheidend. Glück's Pandekt.

c l.

zwiſchen dem, der das Geſtändniß des Advokaten binnen dieſer Zeit wieder aufruft, und dem, der es erſt nachher beſtreiten will, ein Unterſchied Statt finden. Und dieſer kann den Rechten nach kein anderer, als folgender ſeyn: Was vor Ablauf von drei Tagen zurückgenommen wird, muß als nicht geſagt angeſehen, und der Client deshalb mit keinem Beweiſe, den er ſonſt nicht zu übernehmen hätte, beläſtigt werden. Dahingegen wird der, welcher erſt nach drei Tagen den Irrthum des Advokaten verbeſſern will, dazu nur dann zu laſſen ſeyn, wenn er den Beweis des Gegentheils zu führen vermag. Beides folgt aus jener Zeitbeſtimmung im Zuſammenhange der übrigen Geſetze von ſelbſt, da das eigne Geſtändniß, wie vielmehr alſo das von dem Advokaten abgelegte, **wenn man das Gegentheil darthun will**, nicht bloß in drei Tagen, ſondern immer noch, ſelbſt in folgenden Inſtanzen, bis zur rechtskräftigen Entſcheidung der Sache widerrufen werden kann ([26]). Mithin

c. l. n. 19. Soviel iſt wenigſtens gewiß, daß die Gerichte der gedachten Beſtimmung folgen, und auch, jener Zweifel ungeachtet, folgen müſſen.

([26]) Nach den in den Noten 22. und 23. angeführten Geſetzen, imgleichen vermöge L. 7. C. *de juris et facti ignorant.* Note 5.

hin würde die erwähnte Zeitbeſtimmung offenbar ganz zwecklos ſeyn, wenn der, welcher ſie beobachtet, eben die Beläſtigung übernehmen müßte, und um Nichts beſſer daran ſeyn ſollte, als der, welcher ſie vernachläſſigt. Denn nirgends iſt der dreitägige Zeitraum mit der peremtoriſchen Wirkung vorgeſchrieben, daß nach deſſen Ablauf der Client ſelbſt während des Prozeſſes und vor eingetretener rechtskräftigen Entſcheidung gegen die Behauptung ſeines Sachwaltes **gar nicht** weiter gehört werden ſollte (27).

Der

(27) Nach meiner Ueberzeugung hat *Brunnemann* in comm. ad L. 3. C. ibid die Sache ſehr richtig getroffen. Nach ſeiner Verſicherung ſtimmte auch damit derzeit die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten überein. In der Folge iſt man ſehr davon abgewichen, und es wird jetzt von vielen Auslegern dem Clienten in jedem Falle, auch wenn er den Irrthum ſogleich oder innerhalb drei Tagen verbeſſern will, der Beweis des Gegentheils aufgelegt. Schwerlich wird ſich dies mit den Geſetzen gehörig vereinbaren laſſen. Man beruft ſich zwar noch beſondere auf L. 2. C. ibid. Errores eorum, qui deſideria, id eſt, preces ſcribunt, veritati praejudicium afferre non poſſe, manifeſtum eſt. Et ideo ſi condemnationem, cujus mentionem libello inſertam eſſe proponis, manifeſte probare potes non interceſſiſſe: allegationes

14 Der abweſende Client verdient unſtreitig viel mehr Nachſicht, als der, welcher die in ſeiner Gegenwart geſchehenen Vorträge nicht beachtete. Jener kann alſo den Rechten nach nicht ſchlimmer daran ſeyn, als dieſer. Hieran müſſen die Rechtsgelehrten nicht gedacht haben, wenn ſie gleichwohl dem Abweſenden die Zurücknahme deſſen, was ſein Advokat zugeſtanden hat, immer nur unter der

Be-

nes tuas laedi non oportere, is qui ſuper negotio diſceptaturus eſt, non ignorabit; allein dies Geſetz enthält nichts weiter, als was der Regel nach in Anſehung des widerrufenen Geſtändniſſes Statt finden ſoll und muß. Daß aber von dieſer Regel nach Anleitung des folgenden Geſetzes billig der Fall auszunehmen ſey, da der Client auf der Stelle, oder was dieſem gleich geachtet wird, innerhalb drei Tagen den begangenen Irrthum zurücknimmt, iſt aus einleuchtenden Gründen bisher gezeigt worden, welche durch dieſes Geſetz nicht gehoben werden. Gibt man zu, daß ein ſtreitender Theil, wenigſtens noch in der nämlichen Gerichtsſitzung den unrichtigen Vortrag ſeines Sachführers berichtigen könne, ohne ſich deshalb beſonders mit Beweiſen erſt zu belaſten, ſo wird man auch das übrige hier Behauptete gelten laſſen müſſen. Denn ausdrücklich wird in cit. L. 3. das, was innerhalb drei Tagen geſchieht, dem quod in continenti fit völlig gleichgeachtet.

Bedingung des zu beweiſenden Irrthums, geſtatten wollen. Zuvörderſt iſt es wohl ausgemacht, daß der Vortrag eines gar nicht oder nicht gehörig bevollmächtigten Sachwaltes dem Principal, wenn dieſer das Geſagte oder Geſchriebene in der Folge nicht genehmigt hat, keinesweges zum Nachtheile gereichen kann. Es iſt gegen ihn ohne alle rechtliche Wirkung ([28]). Fehlt es aber dem Sachführer an einer gültigen Vollmacht nicht, ſo iſt freilich die Partei ſelbſt, dem ſtrengen Rechte nach, an die Handlungen ihres Stellvertreters gebunden ([29]). Allein das wenigſte, was doch die Billigkeit und ſelbſt auch die Abſicht der bisher angeführten Geſetze mit ſich bringt, iſt doch dieſes, daß man hier nicht nach ſtrengern Grundſätzen, als da, wo der Sachführer in Gegenwart des Clienten redet, verfahren dürfe. Es verſteht ſich alſo von ſelbſt, daß dieſer, von der Zeit angerechnet, da ihm eine nähere Kenntniß des Inhalts der Akten zu Theil ward, binnen drei Tagen das in ſeiner Abweſenheit

([28]) L. 24. C. de procurat. (II. 13.)

([29]) Dieſem iſt hier auch die vorhin Note 13. angeführte L. 6. §. 4. D. de confeſſis nicht entgegen, da ſie nur die beſondere Wirkung confeſſionis in jure betrifft.

heit Vorgetragene mit eben der Wirkung muß zurücknehmen können, als es von dem, der dabey zugegen war, geſchehen kann. Den vorkommenden Umſtänden nach wird die Zuläſſigkeit des Widerrufs zu dieſem Zwecke von der eidlichen Verſicherung, daß man nicht früher mit dem Vortrage bekannt geworden ſey, abhängig gemacht werden können. Nach dem Ablaufe der gedachten Friſt gibt zwar die Abweſenheit dem, der den Irrthum früher zurücknehmen konnte und mußte, an ſich keinen zureichenden Rechtsgrund mehr, um das, was einmal in ſeiner Sache von dazu legitimirten Perſonen vorgetragen iſt, gänzlich als nicht geſagt, wieder aufheben zu können. Die Regel des Rechts wird ihm alſo den Beweis auflegen, daß die Thatſachen, von denen die Rede iſt, ſich wirklich anders verhalten. Indeß können doch nach den Umſtänden und perſönlichen Verhältniſſen auch hier noch beſondere Gründe zum Zweck der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand wegen des nicht tempeſtive geſchehenen Widerrufs vorkommen, z. B. die Unwiſſenheit des Rechts, das minderjährige Alter, u. d. m., womit der verletzte Theil allerdings zu hören iſt.

15 Billig ſollten zwar die Parteien ſich ſelbſt gehörig um das, was in ihren Angelegenheiten vor-

geht,

geh', bekümmern, die Schriften, welche in ihrem Namen übergeben werden, leſen, oder ſich vorleſen laſſen, zumal, wenn es auf Thatſachen ankommt, die ihnen bekannt ſind, und ſie müſſen daher den aus der Unterlaſſung dieſer Vorſicht entſtehenden Schaden ſich ſelbſt beimeſſen. Aber zuvörderſt kann ihnen doch ſelbſt ihre vorausgeſetzte Schuld nicht nachtheiliger werden, als es die Geſetze ſelbſt, beſtimmt haben, und wenn daher von Struben (30) behauptet wird, daß es Niemanden zu verſtatten ſey, das zu widerrufen, was ſein Schriftſteller eingeräumt hätte, ſo erfordert dies, wie man leicht einſieht, und auch ſelbſt die Ueberſchrift des angeführten Bedenkens zu erkennen gibt, eine erhebliche Berichtigung. „Unſere ſchriftlichen Prozeſſe, ſagt „er, würden noch mehr verlängert und verwirrt, „wenn jenes einem Jeden freiſtünde" — Es iſt ſchlimm genug, daß nach der Verhandlungsmaxime des gemeinrechtlichen Prozeſſes in Deutſchland dem Richter die Kenntniß der Thatſachen, worauf jeder ſtreitende Theil ſich zu gründen ſucht, nur durch das Organ der Advokaten und Anwälte, ſelten aber durch perſönliche Vernehmung der Parteien ſelbſt zugeführt wird. Soll aber dieſer Mangel

(30) Rechtl. Bed. I. 136.

gel des gerichtlichen Verfahrens nun auch noch gegen die Parteien ſelbſt die harte Folge haben, daß ihnen die Berichtigung der fehlerhaften Angaben ihrer Rechtsfreunde, wo nicht ganz verſagt, doch wenigſtens äußerſt erſchwert werde; oder wird ein billiger Richter nicht gerade in dieſer Art, die Prozeſſe zu verhandeln, noch einen Grund mehr finden, jene Berichtigung möglichſt zu begünſtigen? Es fehlt ſehr viel daran, hier immer die eigne Schuld der Parteien behaupten zu können; im Gegentheil iſt wohl den Advokaten, welche ſo manchen ſchriftlichen Vortrag ins Gericht bringen, ohne ihn vorher dem Clienten mitgetheilt zu haben, weit mehr als dieſem, der ſeinen Sachführer hinlänglich von der Sache unterrichtet glaubte, vorzuwerfen. Daß inzwiſchen dem Gegner der Aufwand erſetzt werde, welcher in unrichtigen Vorträgen, die jetzt zurückgenommen worden, ſeinen Grund hatte, wird nicht unrichtig bei dieſer Gelegenheit von den Rechtsgelehrten angemerkt (31). Denn wenn es billig iſt, daß eine Partei durch Irrthum des Advokaten nicht ganz ihres Rechts verluſtig werde, ſo iſt es doch auch gewiß eben ſo billig, daß dem Gegner durch vergebliche Koſten, kein Schade zuge-

(31) *Aeminga* cit. Diſſert. §. 28.

zugefügt werde. Der Client, welcher dieſen vergüten muß, mag ſich an ſeinen Sachwalt halten, der ihm überhaupt wegen der nachtheiligen Folgen ſeiner unrichtigen Vorträge verantwortlich bleibt (32), in ſofern dem Clienten nicht ſelbſt irgend eine Vernachläſſigung dabei vorzuwerfen iſt.

Daß das Geſtändniß ſelbſt wirklich vorhan- 16
den und ausgemacht ſeyn müſſe, bevor der Richter über die Wirkung deſſelben entſcheiden kann, verſteht ſich von ſelbſt. Die Geſetze verordnen zwar bisweilen, daß ein Umſtand als wahr und zugeſtanden angenommen werden könne, wenn die Partei, der es oblag, ſich darüber zu erklären, die ſchuldige Antwort unterläßt. Dieſe **Strafe des Ungehorſams** bei Seite geſetzt, darf der Richter der Regel nach nur dasjenige als zugeſtanden annehmen, was die Partei, gegen die es gelten ſoll, durch ausdrückliche und beſtimmte Erklärung anerkannt hat. Der Verklagte z. B. kann Einreden vorſchützen, woraus ſich wohl folgern laſſen dürfte, daß an ſich der faktiſche Grund der Klage dadurch zugeſtanden ſey. Wer vorgibt, die Schuldforde-

(32) L. 13. und 21. C. Mandati (IV. 35.) *Wernher* ſelect. obſervat. VIII. 363. *Aeminga* §. 27. etc. Glück's Pandekt. §. 365 u. ſ. w.

rung des Klägers ſchon bezahlt zu haben, ſcheint zuzugeben, daß urſprünglich eine ſolche Forderung vorhanden geweſen, und alſo die Thatſache, worauf der Kläger ſie gründet, der Wahrheit gemäß ſey. Allein durchaus richtig iſt dieſe Folgerung nicht; denn man kann indebite gezahlt haben, und da die Einreden nur auf den Fall dem Verklagten zu Gute kommen ſollen, wenn der Kläger erſt vorher ſeinen Anſpruch begründet hat, ſo würde es gerade gegen dieſen Zweck, und gegen die Abſicht des Verklagten angehen, wenn man gleichwohl ſeine Einreden ſelbſt wider ihn gebrauchen, und eine Anerkennung des Klagegrundes daraus herleiten wollte. Die Geſetze verordnen vielmehr ganz beſtimmt und allgemein: exceptionem objiciens de intentione partis adverſae non intelligitur fuiſſe confeſſus. Cap. 6. x. *de exceptionib.* (II. 25.) ſo auch das Römiſche Recht: Non utique exiſtimatur confiteri de intentione adverſarii, quocum agitur, quia exceptione utitur. L. 9. D. ibid. (XLIV. 1.) Dieſe Vorſchriften ſind der Natur der Einreden ſo gemäß, daß der Richter ſich keine Abweichung davon geſtatten darf, wie ſehr auch die Advokaten des Klägers es hierauf anlegen mögen.

Neue=

Neuerer Zeit iſt zwar theils von Weſtphal 17
(33), theils und vorzüglich von Gönner (34)
gegen die Allgemeinheit der gedachten Regel, beſonders aber gegen die fortdauernde Anwendbarkeit derſelben in unſern Gerichten mit Beziehung auf die Vorſchrift des Reichsabſchiedes von 1654. §. 37. Manches erinnert worden. Man gibt zwar zu, daß, wenn der Verklagte die Thatſachen, worauf es ankommt, ganz beſtimmt in ſeiner Antwort leugnet, daneben aber noch Einreden hinzufügt, alsdann aus den letztern kein Geſtändniß der wirklich verneinten Punkte der Klage gefolgert werden dürfe, wie widerſprechend auch immer ſein Vortrag ſcheinen möge. Anders aber ſoll ſich die Sache verhalten, wenn der Verklagte, ohne ſich beſtimmt über den faktiſchen Grund der Klage zu erklären, nur Einreden vorſchützt. Hier glaubt beſonders Gönner in dem angeführten Reichsgeſetze einen Grund für die Behauptung anzutreffen, daß der Verklagte, welcher die ihm geſetzlich obgelegene pünktliche Antwort auf die Klage unterläßt, ſich eben

(33) Oeffentl. und Privat-Rechtsgutachten und Erkenntniſſe des bürgerl. Rechts nach Ordn. d. Pandekt. tit. de confeſſis §. 6.

(34) Handb. d. Proz. I. 13.

eben dadurch einer weitern Beſtreitung der Thatſachen, worauf ſie ſich gründet, begeben habe, daß folglich dieſe nunmehr als zugeſtanden angenommen werden müſſen, und der ganze Streit jetzt nur von den Einreden und deren Begründung abhänge. Daß dieſes aber aus der geſetzlichen Vorſchrift, welche dem Verklagten eine pünktliche Antwort auf die Klage zur Pflicht macht, noch keineswegs mit Recht zu folgern, vielmehr der Richter vermöge derſelben nur berechtigt ſey, auf beſtimmtere Erklärung zu dringen, und fernerhin die bekannte gemeinrechtliche Strafe des Ungehorſams, d. i. daß mit Verluſt der Einreden lis pro negative conteſtata anzunehmen ſey, zu verfügen, iſt bereits bei einer andern Gelegenheit ausführlich gezeigt, ebendaſelbſt auch das Nöthige gegen Weſtphal erinnert worden (35). Es wird genügen, darauf zu verweiſen, ohne das Vorgetragene hier durchgängig wiederholen zu dürfen. Dagegen aber wird es nicht undienlich ſeyn, einige Bemerkungen, welche dort nur im Allgemeinen gemacht ſind, um der Mißdeutung des Satzes: excipiens non confitetur, zuvorzukommen, hier noch etwas näher zu erläu-

(35) Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einred. II. u. III. 15.

erläutern, und in ihrer Anwendung deſto anſchaulicher darzuſtellen.

Natürlich deutet der angeführte Grundſatz 18
immer nur ſo viel an, daß durch die Einrede des Verklagten der Klagegrund ſelbſt noch nicht zugeſtanden ſey. Damit iſt aber keineswegs geſagt, daß der Kläger die Gegenbehauptung des Verklagten nun gar nicht nutzen, noch irgend eine rechtliche Folgerung für ſich daraus herleiten dürfe. Unſtreitig kann der Kläger 1) die Thatſachen **gerade ſo, wie ſie der Verklagte zur Begründung ſeiner Einreden beſtimmt anführt**, als zugeſtanden zum Grunde legen, wenn er findet, daß daraus für ihn rechtliche Folgen abgeleitet werden können. — In einem Rechtshandel wegen außerehelicher Schwängerung behauptete die Klägerin, daß Verklagter ihr vier Wochen vor Pfingſten beigewohnt habe. Verklagter leugnete dies, behauptete aber dagegen, daß er am 16ten oder 17ten Julius mit ihr zu thun gehabt habe. Von dieſer Zeit bis zur Niederkunft im Januar waren 187 Tage verfloſſen, folglich war aus der eigenen Angabe des Verklagten ſeine Vaterſchaft anzunehmen. Doch verlangte er, daß die Klägerin den Beiſchlaf zu der in der Klage angegebenen Zeit beweiſen ſolle,

und das Gericht erkannte ſie auch dazu ſchuldig. Dies war aber gar nicht nöthig, und mußte daher in der zweiten Inſtanz abgeändert werden, da das, was er ſelbſt behauptete, zu ſeiner Verurtheilung ſchon hinreichte. 2) Geſteht gleich der Verklagte durch die Einreden den faktiſchen Grund der Klage noch nicht zu, daß der Richter dieſen nun ſchon gegen ihn als wahr annehmen dürfte, ſo kann doch der Kläger die Thatſachen, welche der Verklagte beſtimmt behauptet, und worauf Einreden von ihm gegründet werden, zum Zweck einer artificiellen Beweisführung nützen, wenn ſelbige eine Schlußfolge auf die Wahrheit oder Wahrſcheinlichkeit der dem Libell zum Grunde liegenden Thatſachen darbieten, und daher wenigſtens ſo viel bewirken, daß der Kläger zum Ergänzungseide in Anſehung der unvollſtändigen Beweisführung gelaſſen werden darf. — Geſetzt, die Zeitrechnung hätte in dem vorhin angeführten Rechtsfalle die Vaterſchaft des Verklagten nach ſeiner eigenen Behauptung noch nicht ganz entſchieden, ſo geſtand er doch, mit der Klägerin in einem verbotenen Umgange geweſen zu ſeyn. Warum ſollte dieſes von ihm ſelbſt angeführte Faktum nicht mit gebraucht werden können, um die Angabe der Klägerin deſto wahrſcheinlicher zu machen, und eben daher den in der Klage angegebenen

benen Beiſchlaf eidlich von ihr erhärten zu laſſen? Der Kläger kann aber 3) wenn er das Faktiſche der Einreden für ſich nutzen will, ſolches nur gerade ſo, wie es der Verklagte ſelbſt angeführt und zugeſtanden hat, zur nähern Begründung ſeiner Abſicht annehmen. — Bei einem Gutshandel hatte ſich der Käufer des Beiraths und der Hülfe eines Dritten bedient Dieſer behauptete, daß ihm, da der Handel ſchon zu Stande gekommen, und die Punktation bereits von beiden Theilen unterſchrieben wäre, von dem Käufer eine Vergeltung von 500 Thaler verſprochen worden ſey. Er klagte alſo auf Bezahlung dieſer Summe, obgleich der Kauf wieder rückgängig geworden war. Der Verklagte geſtand zwar a) die 500 Thaler verſprochen zu haben, aber nur b) unter der Bedingung, **wenn der Handel zu Stande kommen würde**, worunter er nichts anders als die Vollendung des Handels durch Uebergabe des Guts verſtanden haben wollte. Es ward erkannt, Kläger ſey ſchuldig, zu beweiſen, daß der Handel zu Stande gekommen ſey. Da die Parteien darin einig waren, daß der Kauf nicht zur Erfüllung gediehen ſey, ſo konnte der Beweisſatz nichts anders als die Perfektion des Contrakts andeuten. Der Verklagte hatte aber nur ſo viel eingeſtanden,

daß

daß er in Beziehung auf die gänzliche Vollendung des Kaufs, und unter deren Bedingung die Vergeltung verſprochen hätte, und da der Kläger ſelbſt die Zeit des Verſprechens nach bereits unterzeichneter Punktation, mithin nach perfekt gewordenem Handel angab, ſo war die Bedingung, welche der Verklagte in ſeiner Gegenbehauptung anführte, allerdings von der Conſummation des Handels zu erklären, obgleich ſonſt der Ausdruck, daß der Handel zu Stande gekommen ſey, auch noch eine andere Deutung zuläßt, die aber hier über das Geſtändniß des Verklagten hinausgegangen ſeyn würde. Zugleich lag aber auch ſchon in der Gegenbehauptung des Verklagten die Einrede conditionis plane deficientis mit, da beide Theile darüber einig waren, daß der Kauf vor erfolgter Uebergabe wieder rückgängig geworden ſey. Folglich konnte vom Beweiſe, daß der Handel zu Stande gekommen ſey, nicht mehr die Rede ſeyn; nicht in dem Sinne, wie der Verklagte den Ausdruck gebraucht haben wollte; denn hier war das Gegentheil des Beweisſatzes ſchon ausgemacht; aber auch nicht in der Bedeutung, wie der Kläger die Worte nahm. Denn in dieſem Verſtande hatte der Verklagte auch das bedingte Verſprechen nicht zugeſtanden. Es blieb daher nichts weiter übrig, als

dem

dem Kläger aufzugeben, den Grund ſeiner Klage, mithin das unbedingte Verſprechen der Vergeltung geleiſteter Dienſte, zu beweiſen.

In den Verhandlungen der Civilprozeſſe iſt 19
es überhaupt etwas ſehr gewöhnliches, daß nach den Geſtändniſſen des Gegners gehaſcht wird. Verdenken kann man es den Parteien und ihren Sachführern nicht, daß der kürzeſte Weg, den Schwierigkeiten der gerichtlichen Beweisführung zu entgehen, ihnen auch der willkommenſte iſt. Aber deſto mehr iſt es Pflicht der Richter, dieſe Berufungen auf gegenſeitige Geſtändniſſe nicht auf Glauben als wahr anzunehmen, ſondern ſich erſt ſelbſt gehörig von dem wirklichen Daſeyn der Bekenntniſſe zu überzeugen. Von dem unlautern Behelfe mancher Advokaten, welche überall Dinge als zugeſtanden acceptiren, die der Gegner keinesweges eingeräumt hat, ſoll hier nicht weiter die Rede ſeyn. Dieſer Kunſtgriff iſt zu ſehr unter der Würde eines ehrliebenden Sachführers, als daß er noch eine beſondere Rüge verdienen ſollte, und vernünftige Richter, die es ernſtlich mit den Pflichten ihres Amts meinen, werden ſich doch durch ſo etwas nicht irre machen laſſen. Aber es iſt noch eine vermeinte Rechtsregel übrig, unter deren Anleitung viel

viel Unrecht geſchehen kann, und die wir daher nicht ganz übergehen wollen. „Wer dem ihm „nachtheiligen Anführen nicht widerſpricht, von „dem iſt zu vermuthen, daß er es eingeſtehe;“ oder wie Mevius es ausdrückt: Quaecunque pars adverſa non diſputat vel movet, judex pro conceſſis habet ac ſequitur (36) d. i. die confeſſio tacita. Die Geſetze haben dieſe keineswegs ſanctionirt: und die Sache ſelbſt gibt manche Gründe dawider an die Hand. Der Widerſpruch gegenſeitiger Angaben unterbleibt, wie Struben (37) richtig bemerkt, vielfältig aus Nachläſſigkeit des Schriftſtellers, oder weil er den Umſtand als unerheblich und keiner Antwort würdig geachtet hat. Geradezu läßt ſich alſo die Behauptung darum noch nicht als eingeräumt annehmen. Vielmehr wird dieſes nur unter gewiſſen Verhältniſſen oder nach beſonderer Beſtimmung der Geſetze Statt finden können. Hätte Jemand eine gegenſeitige Behauptung nur zum Theil und mit irgend einer Einſchränkung beſtrit-

(36) Deciſ. 11. 284. 7. *Leyſer* med. ad Pandect. 473. 8. vergl. jedoch Strube R. B. I. 94 *Fratr. Becmannor.* conſil. et deciſ. I. 34. 7. II. 52. 11. Glück's Pand. 4. Th. §. 290. Gönner Hdb. d. Proz. IV. 44. 2.

(37) S. vor. Note.

ſtritten, dabei aber das Uebrige unberührt gelaſſen, ſo könnte dieſes den Umſtänden nach wohl als eingeräumt angeſehen werden; käme ferner eine gewiſſe Angabe häufig in der Verhandlung der Sache, oder wie man ſagt, per integra acta vor, hätte der Gegner ſie als zugeſtanden wieder in Anrege gebracht, und wäre ſie doch darauf unwiderſprochen geblieben, ſo dürfte alsdann der Richter wohl berechtigt ſeyn, ſie als wahr bei der Entſcheidung zum Grunde zu legen. Sonſt iſt es richtiger, die Gegenpartei zur beſtimmten Erklärung über den bisher unbeantwortet gebliebenen Umſtand anzuhalten, wie es die Celliſche Oberappellationsgerichtsordnung (38) ausdrücklich vorſchreibt, oder doch wenigſtens ihre rechtlichen Einwendungen dagegen vorzubehalten, wofern nicht die beſondern Fälle eintreten, wo den Geſetzen nach poena confeſſi et convicti, als Strafe des Ungehorſams wegen unterlaſſener Antwort anwendlich wird.

Noch iſt eine erhebliche Eintheilung der Ge- 20
ſtändniſſe in **unbedingte** oder **einfache** und **bedingte** oder **qualificirte** übrig; wovon aber ſchicklicher bei Erörterung der Frage: Wer beweiſen müſſe? die Rede ſeyn wird.

(38) P. 2. tit. 12. §. 10. bei Struben a. a. O.

V.

V.

Ueber die Vermuthungen.

1 Vermuthung im Allgemeinen iſt das Fürwahrhalten einer Sache aus Gründen, von denen man ſich bewußt iſt, daß ſie zur völligen — — in Rechtsſachen alſo zur rechtlichen — Gewißheit an ſich nicht hinreichen würden. Man unterſcheidet bekanntlich dreierlei: a) die **gemeine** oder bloß faktiſche Vermuthung — praeſumtio hominis ſ. ſimplex — b) die proviſoriſch ſanctionirte Vermuthung — praeſumtio juris ſ. qualificata — Rechtsvermuthung — c) die ganz unbedingt vorgeſchriebene Vermuthung — praeſumtio juris et de jure. — Gemeine oder einfache Vermuthungen beruhen auf Wahrſcheinlichkeitsgründen, die der Richter zu prüfen hat, und können alſo nur durch das Gewicht dieſer Gründe zur Glaubwürdigkeit einer Sache beitragen. Betrifft dieſe Vermuthung eine geſetzwidrige Handlung, oder die Theilnahme derſelben, ſo heißt ſie **Verdacht**. — Rechtsvermuthungen — praeſumtiones juris — ſind durch das Geſetz dergeſtalt ſanctionirt, daß der Richter vermöge derſelben

ſelben einen gewiſſen Thatſatz als ausgemacht an=
nehmen muß, vorausgeſetzt, daß das Gegentheil
nicht gehörig erwieſen wird. — Die ganz unbe=
dingt vorgeſchriebene Vermuthung endlich — oder
ſogenannte praeſumtio juris et de jure — ſoll die=
jenigen Fälle begreifen, wo das Geſetz vermöge
einer bereits ausgemachten Thatſache den Schluß
auf eine andere dergeſtalt als wahr und entſcheidend
anerkannt wiſſen will, daß auch ſelbſt der Beweis
des Gegentheils nicht weiter Statt findet; z. B.
daß ein Ehegatte, welcher den begangenen Ehe=
bruch des andern wußte, und doch den ehelichen
Umgang fortſetzte, ſein Recht, auf die Scheidung
zu dringen, hiedurch aufgegeben habe, oder daß
der Ausſteller einer Handſchrift nach einer beſtimm=
ten Zeit mit der Ausflucht des nicht empfangenen
Geldes gar nicht gehört werden ſoll. Genau be=
trachtet muß es aber einem Jeden einleuchten, daß
die Geſetze in Fällen dieſer Art nicht ſowohl die
Abſicht haben, die förmliche Wahrheit einer gewiſ=
ſen Thatſache an ſich zu beſtimmen, — denn mit
dieſem Zwecke würde doch die Zuläſſigkeit proba-
tionis contrarii im Ganzen allerdings noch verein=
barlich bleiben — als vielmehr nur anzuordnen,
daß jener Vorgang ſo weit er ſchon ausgemacht iſt,
auf jeden Fall die Folgen eines gewiſſen Verhält=
niſſes

niſſes nach ſich ziehen ſoll, ohne auf die Einrede, daß das Geſchehene oder Nichtgeſchehene mit gedachtem Rechtsverhältniſſe nicht in Verbindung ſtehe, irgend eine Rückſicht zu geſtatten. Dieſe Anordnung der Geſetze läßt ſich daher nicht füglich dem Begriffe einer Vermuthung unterordnen ([1]).

2 Die Gründe der Vermuthungen, ſowohl der gemeinen, als auch der eigentlich ſogenannten Rechtsvermuthung, können hergenommen werden, a) aus dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, wie ihn die Erfahrung darſtellt. Man nimmt dies Gewöhnliche als Regel an, wenn es gleich nicht immer zutrifft, und man iſt daher geneigt, was dieſe Regel mit ſich bringt, in vorkommenden Fällen gleichfalls für wahr und richtig zu halten, wenn man ſonſt keine beſondern Gründe für das Gegentheil wahrnimmt; b) aus den Wirkungen und Folgen, die die Natur der Dinge, der perſönlichen Verhältniſſe und Handlungen an ſich zwar mit ſich bringt und erwarten läßt, die aber doch nicht durchaus nothwendig damit verknüpft ſind — denn ſonſt wäre völlige rechtliche Gewißheit, keine bloße Vermuthung weder juris, noch hominis vorhanden

([1]) J. H. *Böhmer* de colliſ. praeſumt. c. 1. §. 6. Exercit. ad Pandect. T. 4.

den (²) — ſondern unter gewiſſen Umſtänden, oder vermöge beſonderer Hinderniſſe auch davon entfernt ſeyn können. c) Die bloße Möglichkeit einer Sache gibt zwar an ſich und allein noch keinen Grund, um etwas als wirklich zu vermuthen, wenn gleich das Geſetz zum Beſten gewiſſer Perſonen, und um größere Nachtheile zu verhüten, bisweilen auch ſchon die Möglichkeit einer Thatſache als zureichenden Grund annehmen kann, um die Wirklichkeit derſelben einſtweilen zu vermuthen, z. B. in jenen Fällen, wo es zweifelhaft iſt, ob Jemand als Vater eines Kindes anzuſehen ſey.

Seit

(²) L. 6. D. de his, qui ſui vel alieni juris ſunt (I. 6.) gibt unter andern hievon ein Beiſpiel: Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus naſcitur. Sed fingamus abfuiſſe maritum, verbi gratia per decennium, reverſum anniculum inveniſſe in domo ſua placet nobis Juliani ſententia, hunc non eſſe mariti filium. Non tamen ferendum Julianus ait, eum, qui cum uxore ſua aſſidue moratus nolit filium agnoſcere, quaſi non ſuum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, ſi conſtet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuiſſe infirmitate interveniente, vel alia cauſa, vel ſi ea valetudine pater familias fuit, ut generare non poſſit, hunc qui in domo natus eſt, licet viciniis ſcientibus, filium non eſſe.

Seit einiger Zeit herrſcht in den Lehrbüchern der Begriff, wodurch **von Tevenar** die Sache auszudrücken ſuchte. „Vermuthungen ſind Schlüſſe, „die ſich in Eigenſchaften, in Verhältniſſen, Wir„kungen und Folgen, die die Sachen gemeiniglich „haben, und in Umſtänden, die ſolche gemeiniglich „begleiten, auch daher wahrſcheinlich ſind, gründen," oder mit **Briſſon** zu reden: Praeſumtio eſt opinio vel conjectura ducta a lege ſive judice ab eo quod επι το πλειστον accidere ſolet. Ganz erſchöpft dieſe Erklärung die Sache nicht, da wir geſehen haben, daß nicht bloß das Gewöhnliche, wie es die Erfahrung ergibt, und Schlüſſe aus der Natur der Sache, und aus dem Zweck der vorkommenden Geſchäfte u. ſ. w. gewiſſe Vermuthungen erzeugen, ſondern dieſe nach Vorſchrift der Geſetze ſich bisweilen bloß auf Möglichkeiten gründen, alſo nur durch einige obgleich ſeltene Fälle veranlaßt ſeyn können, und wobei wenigſtens das, was gemeiniglich geſchieht, ſicher gar nicht zum Grunde liegt. Gerade dies letztere würde z. B bei Kindern, denen das Geſetz die Vermuthung der ehelichen Geburt zugeſteht, häufig eine ganz entgegenſtehende Wahrſcheinlichkeit an die Hand geben. Jener Begriff läßt ſich daher im Gegenſatze nicht

um-

umkehren — contrapoſitio ſimplex, wie es die Logik nennt — iſt alſo zu enge.

Die Rechtsvermuthung, worauf es hier vorzüglich ankommt, iſt in mehr als einem Betrachte 3
von der gemeinen Vermuthung weſentlich verſchieden, und gleichwohl gehen in der Anwendung durch die Vernachläſſigung dieſes Unterſchiedes, und dadurch, daß Wirkungen, die nur der erſten eigen ſind, auch der zweiten zugeſtanden werden, nicht ſelten große Mißbräuche vor. Aber auch in der Theorie des Rechts hat ſich unter dem Anſehen der Gelehrten von Zeit zu Zeit eine ziemliche Anzahl ganz unrichtig, und ohne Geſetz behaupteter Rechtsvermuthungen eingeſchlichen. Deſto nöthiger iſt es alſo, dieſe Sache einmal den Geſetzen ſelbſt und ihrer wahren Beſchaffenheit nach richtigen Begriffen wieder etwas näher zu bringen. Erſtlich, Rechtsvermuthungen müſſen durch ein poſitives Geſetz ausdrücklich ſanctionirt, oder durch ein erweisliches Gewohnheitsrecht beſtätigt ſeyn; jede andere Wahrſcheinlichkeit, wie dringend ſie auch ſeyn mag, iſt immer nur praeſumtio hominis.

Zweitens, die rechtliche Vermuthung entſcheidet eine faktiſche Frage ſogleich proviſoriſch,

und erfordert zu ihrer Anwendung nichts mehr, als die Richtigkeit einer beſtimmten Thatſache, welche das Geſetz im Allgemeinen als zureichenden Grund für die Wahrheit eines andern Umſtandes anerkannt hat. Dahingegen die gemeine Vermuthung immer erſt von mehrern in concreto zuſammen treffenden Umſtänden ausgehen muß, um dies oder jenes nach beſondern individuellen Verhältniſſen wahrſcheinlich zu machen (3).

Drittens, die praeſumtio juris beruhet nicht immer auf Gründen einer beſtimmten Wahrſcheinlichkeit, ſondern bisweilen hat ſchon die Möglichkeit einer Sache die Geſetzgebung veranlaßt, eine Vermuthung dafür zu ſanctioniren, um den Fällen, da Jemand unverdient in nachtheilige Verhältniſſe gerathen könnte, zuvorzukommen, wie davon ſchon im Vorhergehenden ein Beiſpiel angeführt iſt. — Praeſumtio hominis kann natürlich hierauf gar nicht gegründet werden; ſie iſt ohne eigentliche Wahrſcheinlichkeitsgründe gar nicht denkbar.

Viertens, über die Rechtsvermuthung und das Gewicht ihrer Gründe kommt dem Richter **im Allgemeinen** kein wirkſames Urtheil zu. Sie erfor-
dert

(3) *de Böhmer* Meditat. ad C. C. C. Art. 29. §. 1.

dert zu ihrer Anwendung nichts weiter, als daß die einfache Thatſache, welche das Geſetz vorausſetzt, wirklich vorkommt. Wenn das Geſetz ſagt: Kinder, die im ſiebenten Monath nach vollzogener, oder noch im zehnten Monath nach getrennter Ehe geboren ſind, müſſen als eheliche Kinder angenommen werden, ſo ſteht es natürlich dem Richter nicht frei, das Gegentheil als Grundſatz, oder als Regel überhaupt, gelend zu machen, wie ſehr er auch, beſonders was den erſten Punkt betrifft, für ſich, und nach den Lehren der neuern Aerzte, von der phyſiſchen Unmöglichkeit dieſer geſetzlichen Vermuthung überzeugt ſeyn mag. — Die gemeine Vermuthung hingegen iſt beides ſowohl in theſi, als auch in hypotheſi, gänzlich der Beurtheilung des Richters überlaſſen.

Fünftens, die Rechtsvermuthung iſt für die Wahrheit einer Thatſache ſchon proviſoriſch entſcheidend, bis das Gegentheil zur Gewißheit gebracht wird; die gemeine Vermuthung hat dieſe Wirkung nicht, ſondern kann nur als Beweisgrund mit angewandt werden. Jene befreit alſo vom Beweiſe, dieſe ſoll zur Führung deſſelben beitragen. Hieraus folgt, daß die gemeinen Vermuthungen bei der Abfaſſung des erſten Interlocuts

cuts im ordentlichen Prozeſſe gar nicht in Betrachtung kommen, wie anſcheinlich ſie auch einem der ſtreitenden Theile das Wort reden mögen, da ſie als ſolche weder einen völligen Beweis ausmachen, noch vom Beweiſe befreien, folglich auf die Fragen: Was zu beweiſen ſey, und wer die Beweisführung übernehmen müſſe? an ſich gar keinen Einfluß haben. Erſt dann, wenn zu entſcheiden iſt, ob ein gewiſſer Beweis von dem, der ihn beizubringen hat, geführt ſey oder nicht, kann die gemeine Vermuthung dem, der ſie für ſich hat, einen günſtigen Ausſpruch bewirken. Natürlich aber hat der Richter gleich bei dem erſten Urtheile, welches jene Frage beſtimmen ſoll, auf **Rechtsvermuthungen** zu achten, wenn ſie dem einen oder dem andern Theile zu Statten kommen.

4 Bei dieſer ſo erheblich verſchiedenen Wirkung beider Arten der Vermuthungen leuchtet es wohl von ſelbſt ein, daß jede Vermiſchung derſelben deſto ſorgfältiger zu vermeiden ſey. Nichts iſt gewöhnlicher, als daß die Parteien den an ſich richtigen oder oft nur eingebildeten Wahrſcheinlichkeitsgründen, die ſie für ihre faktiſchen Behauptungen anzubringen wiſſen, das Anſehen und die Kraft einer Rechtsvermuthung zu verſchaffen ſuchen. Hat

der Richter nun für dieſe Fälle keine beſtimmten Begriffe und Grundſätze in Anſehung der Leitung des gerichtlichen Verfahrens, ſo iſt ſeine Täuſchung unvermeidlich. Eines Theils wird er ſchon als Menſch nach ſeiner Empfindung geneigt ſeyn, die Abſicht einer Partei, vermöge der Wahrſcheinlichkeiten, die dafür ſtreiten, zu begünſtigen, und in eben dem Maße dem vermutheten Unrecht des andern Theils entgegen zu wirken, folglich auch dieſen eher, als jene mit förmlichen Beweiſen zu beläſtigen; andern Theils ſind die Geſetze ſelbſt hier bisweilen gewiſſen Mißdeutungen unterworfen, und drittens kann die Auctorität der Meinungen, beſonders der ſogenannten gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten auch hier für die Rechtspflege ſehr nachtheilig werden, wenn die Gerichte es an der gehörigen Prüfung derſelben nach Rechtsgründen ermangeln laſſen.

Nicht jeder Wahrſcheinlichkeitsgrund wird da- 5
durch, daß die Geſetze ſeiner als ſolchen gedenken, ſchon zu einer Rechtsvermuthung erhoben. Soll dieſe Statt finden, ſo muß das Geſetz ſie diſpoſitive anordnen, und den Richter verpflichten, einen gewiſſen Thatumſtand einſtweilen als wahr gelten zu laſſen, bis in gegebenen Fällen die völlige und

recht-

rechtlich ausgemachte Gewißheit des Gegentheils an die Stelle des proviſoriſch im Geſetz beſtätigten Satzes eintritt; z. B. die vorhin erwähnte Anordnung der Geſetze in Anſehung der in zweifelhaften Fällen anzunehmenden ehelichen Geburt — ſo auch die Vorſchrift, daß von der Tilgung der Handſchrift auf die Aufhebung der Schuld zu ſchließen (4), imgleichen wenn der Gläubiger die Schuldverſchreibung an den Schuldner zurückgibt, die perſönliche Forderung für aufgegeben zu achten (5), daß ein Abweſender, von dem es an Nachrichten fehlt, nach zurückgelegtem ſiebzigſten Jahre für todt zu halten ſey, wie man wenigſtens als allgemein anerkannte Regel anzunehmen pflegt — daß wenn Vater und Sohn in einer Gefahr umkom-

(4) L. 24. D. de probat. (XXII. 3.) Si chirographum cancellatum fuerit, licet praeſumtione debitor liberatus eſſe videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifeſtis probationibus creditor ſibi adhuc deberi oſtenderit, recte debitor convenitur.

(5) L. 2. §. 1. D. *de pactis* (II. 14.) Et ideo ſi debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos conveniſſe, *ne peterem*, profuturamque ei conventionis exceptionem placuit. Glück's Pandekt. 4. Th. §. 290.

kommen, der mündige Sohn (pubes) den Vater, dieſer aber den Unmündigen, überlebt habe u.ſ.w. (6).

Man muß aber von Rechtsvermuthungen wohl unterſcheiden: a) wenn eigentlich nur eine gemeine Vermuthung oder ein gemeiner Verdacht als ſolcher in den Geſetzen gebilligt, oder näher beſtimmt wird, wovon es bei den Entſcheidungen einzelner Fälle des Römiſchen und Canoniſchen Rechts nicht an Beiſpielen fehlt (7). b) Wenn die Geſetze den ge-

(6) L. 9. §. ult. D. de reb. dub. (XXXIV. 5.) Si Lucius Titius cum filio pubere, quem ſolum teſtamento ſcriptum heredem habebat, perierit: intelligitur ſupervixiſſe filius patri, et ex teſtamento heres fuiſſe, et filii hereditas ſucceſſoribus ejus defertur, niſi contrarium adprobetur. Quod ſi impubes cum patre filius perierit, creditur pater ſupervixiſſe: niſi et hic contrarium adprobetur. — L. 22. 23. eod. L. 26. pr. D. de pact. dotal. (XXIII. 4.)

(7) L. 31. §. 21. D. de aedil. edicto (XXI. 1.). Qui mancipia vendunt, nationem cujusque in venditione pronunciare debent: plerumque enim natio ſervi aut provocat, aut deterret emtorem. Idcirco intereſt noſtra ſcire nationem: praeſumtum etenim eſt, quosdam ſervos bonos eſſe, quia natione ſunt non infamata: quosdam malos videri, quia ea natione ſunt, quae magis infamis eſt. Quod ſi de na-

gewöhnlichen Lauf der Dinge, und was gemeinig-lich als Urſache und Wirkung im Zuſammenhange ſteht,

natione ita pronunciatum non erit, judicium emtori, omnibusque, ad quos ea res pertinebit, dabitur: per quod emtor redhibet mancipium. Nicht leicht wird wohl Jemand in den Vermuthungen, deren hier gedacht wird, eigentliche praeſumtiones juris annehmen wollen. — *J. H. Boehmer* de colliſ. praeſumt. cap. 1. §. 9. iſt überhaupt hiebei weiter nachzuſehen. — Das berühmte cap. 12. X. de praeſumt. (II. 23.) beſtimmt im Ganzen nichts weiter, als daß der Richter auch auf dringende Verdachtsgründe des Ehebruchs ſchon die Ehe trennen dürfe, und führt den Fall, da der klagende Theil Zeugen beigebracht hatte, firmiter aſſerentes, quod poſtquam mulier cum praedicto viro contraxerat matrimonium, conſanguineum viri ejusdem ſolum cum ſola, nudum cum nuda in eodem lecto jacentem, ea, ut credebant, intentione, ut eam cognoſceret carnaliter, viderunt, multis locis ſecretis, et latebris ad hoc commodis et horis electis etc., nur als Beiſpiel an, — quod ex *hujusmodi* violenta et certa ſuſpicione fornicationis poteſt ſententia divortii promulgari. — Die Vorſchrift geht überhaupt nur dahin: „Wer durch ſeine Schuld ſich in einen ſolchen Verdacht bringt, gibt dem andern dadurch ein Recht, auf Trennung zu dringen.“ Der wirklich begangene Ehebruch wird aber darum noch nicht

als

ſteht, bloß hiſtoriſch oder enunciative bei Gelegenheit gewiſſer Verfügungen anführen. Dies bindet den Richter als Geſetz gar nicht, wenn er dergleichen

als wahr angenommen, folglich kann hier auch von keiner eigentlichen Rechtsvermuthung die Rede ſeyn. Denn ſonſt würde der Richter auf den Grund derſelben auch auf die übrigen Folgen des Ehebruchs erkennen können, wenn kein Beweis des Gegentheils geführt würde. Dies läßt ſich aber doch weder in Anſehung der öffentlichen, noch der Privatſtrafen, z. B. des einzubüßenden Brautſchatzes mit Grunde behaupten, da beide den rechtlich ausgemachten Ehebruch vorausſetzen. Schmidt Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. ſ. w, § 329. edit. 5. etc. Gegen die verlangte Trennung der Ehe iſt der Verklagte mit der Behauptung des nicht vorgegangenen Ehebruchs, wenn er ſie auch beweiſen könnte, nicht zu hören, da es dem Kläger nicht anzuſinnen iſt, mit einer Perſon, die ſich ſchon ſoweit, als der angeführte Text vorausſetzt, vergangen und verdächtig gemacht hat, ferner in Verbindung zu bleiben. Wohl aber muß es doch dem Verklagten freiſtehen, ſelbſt unter den gedachten Umſtänden durch gegenſeitigen Beweis, daß er ohne ſein Verſchulden, unwiſſend, oder wider ſeinen Willen in jene Verhältniſſe gekommen ſey, den Verdacht abzulehnen, den jene Thatſachen an ſich ſonſt veranlaſſen, folglich läßt ſich auch mit Thi-

chen Bemerkungen an ſich falſch, und die Schlußfolge, die daraus auf den eben vorkommenden Fall gezogen wird, unrichtig befindet; und am allerwenigſten kann er ſie mit der vollen Wirkung einer Rechtsvermuthung bei ſeinen Ausſprüchen zum Grunde legen. Natürlich kann auch c) daraus, daß die Geſetze ausdrücklich über dieſe oder jene faktiſche Behauptung einen Beweis erfordern, noch nicht gefolgert werden, daß das Gegentheil des zu beweiſenden Satzes darum ſchon rechtlich zu vermuthen ſey. Jene Beweisauflage bringt nichts weiter mit ſich, als daß der Beweisſatz, wovon die Rede iſt, keine rechtliche Vermuthung **für** ſich, keinesweges aber, daß er darum auch ſchon eine dem Gegner zu Gute kommende Vermuthung **wider** ſich habe. Ueber jeden dieſer drei Punkte wird noch etwas zur nähern Erläuterung zu ſagen ſeyn.

6 a) Haben die Geſetze einen gewiſſen Umſtand nicht ſchon an ſich und allgemein als Vermuthungsgrund für die Exiſtenz eines andern anerkannt, ſondern nur in Beziehung auf die ihn begleitenden Neben-

Thibaut Pand. R. §. 630., vermöge des angeführten Cap. 12. X. de praeſumt. keine praeſumtio juris et de jure behaupten.

benumſtände und perſönlichen Verhältniſſe, von denen es erſt abhängt, ob die Schlußfolge mit Sicherheit darauf gebauet werden kann, ſo iſt das beſonders ein ſicheres Kennzeichen, daß die Geſetze ihn bloß als praeſumtio hominis behandelt haben, wenn gleich in dieſem Betrachte die Wahrſcheinlichkeit durch das Zuſammentreffen mehrerer Umſtände und Verhältniſſe ſo dringend ſeyn kann, daß ſie nach Vorſchrift des Geſetzes ſogar die Stelle eines völligen Beweiſes vertreten dürfte (8).

Die

(8) Hieher gehört beſonders die von Vielen angenommene Rechtsvermuthung, daß eine Schuldforderung wegen oft unterlaſſener Abrechnung derſelben als aufgehoben anzunehmen ſey. Man ſehe unter andern *Leyſer* medit. ad Pand. ſpec. 173. med. 5 et 6. und *Müller* ad eundem Tom II. obſ. 366. In der That aber findet ſich hier nichts weiter, als praeſumtio hominis, die von vielen beſondern Umſtänden abhängt, und als ſolche kommt ſie auch nur in L. 26. D. de probat. vor. Procula magnae quantitatis fideicommiſſum a fratre ſibi debitum, poſt mortem ejus in ratione cum heredibus compenſare vellet, ex diverſo autem allegaretur, nunquam id a fratre, quamdiu vixit, deſideratum, cum variis ex cauſis, ſaepe in rationem fratris pecunias ratio Proculae ſolviſſet: Divus Commodus, cum ſuper

Die Anzeigen eines Verbrechens, worauf die Peinliche Gerichtsordnung Carl V. den Richter hinweiſet, ſind nichts weniger als eigentliche Rechtsvermuthungen, ſondern Anleitungen für den Richter, um ſeine Uebereilung zu verhüten, und wodurch ihm bloß zu erkennen gegeben wird, unter welchen Verhältniſſen er dieſe Anzeigen als Verdachtsgründe gelten laſſen könne. Alſo haben die Geſetze hier eigentlich nur praeſumtionem hominis etwas näher zu beſtimmen geſucht, und die Wirkung kann daher auch keine andere ſeyn, als ſie es überhaupt bey Vermuthungen dieſer Art nur iſt, d. h. der Richter wird dadurch noch nicht berechtigt, noch weniger verpflichtet, vermöge dieſer Wahrſcheinlichkeit, wenn ſie nicht durch entgegenſtehende Gründe in concreto aufgehoben iſt, ſchon eben das zu erkennen, was die in Gewißheit geſetzte Wirklichkeit der Sache mit ſich bringen würde, wie dies in Fällen, wo praeſumtio juris vorhanden iſt, aller-

per eo negotio cognoſceret, non admiſit compenſationem, quaſi tacite fratri fideicommiſſum fuiſſet remiſſum. Daß die ganze Sache von manchen individuellen Verhältniſſen abhänge, die der Richter erſt genau zu beurtheilen hat, folglich geradezu von einer Rechtsvermuthung die Rede nicht ſeyn könne, erhellet hieraus von ſelbſt.

lerdings geſchehen kann und muß, ſondern die Sache muß noch erſt völlig in rechtliche Gewißheit gebracht werden, wenn gleich die ſchon vorhandene Wahrſcheinlichkeit — praeſumtio hominis — dieſen Beweis erleichtern, auch beſondere Mittel zur Ergänzung deſſelben rechtfertigen kann.

b) Wenn das Geſetz ſagt, daß Feuerſchäden 7
gemeiniglich durch die Schuld der Bewohner des Hauſes erſtünden, ſo kann auch dies ebenfalls nicht als praeſumtio juris angeſehen werden (9). Denn ſonſt müßte jeder Richter geradezu ſchon den Inhaber oder die Bewohner des Hauſes, in welchem Feuer ausgekommen iſt, als Brandſtifter verurtheilen dürfen, bis ſie das wirkliche Gegentheil erwieſen. Dies iſt aber wohl nicht die Abſicht des Geſetzes. Es heißt darin: „Der praefectus vigilum

(9) L. 3. §. 1. D. de off. praef. vigil. (I. 15.) Cognoſcit Praefectus vigilum de incendiariis, effractoribus, furibus, raptoribus, receptatoribus: niſi ſi qua tam atrox, tamque famoſa perſona ſit, ut Praefecto Urbi remittatur. Et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium: aut fuſtibus caſtigat eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut ſevera interlocutione comminatus, fuſtium caſtigationem remittit.

ſum entſcheidet über die Brandſtifter u. ſ. w. Große und berüchtigte Verbrecher ſchickt er an den ordentlichen Criminalrichter. Meiſtens aber macht er die Sache ſelbſt ab, weil die Feuerſchäden gemeiniglich nur durch Verwahrloſung der Einwohner ſelbſt geſchehen — plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium“ — die ganze Stelle enthält alſo bloß verba enunciativa, ſie ſagt hiſtoriſch aus, was am häufigſten und in den mehreſten Fällen vorzukommen pflegt, und was die Unterſuchungen gewöhnlich ergeben. Es iſt auch, wenn die Umſtände ſonſt auf keine andere Urſache leiten, allerdings ein gewiſſer Verdacht der Verwahrloſung gegen die Bewohner des Hauſes nicht ganz ungegründet. Aber mit keinem Worte ſagt das Geſetz, daß der Richter dies in vorkommenden Fällen ſchon geradezu bis zum Beweiſe des Gegentheils für wahr halten, und wenn es an dieſem Beweiſe fehlte, vermöge der Vermuthung eben ſo, als wenn alles völlig erwieſen wäre, erkennen ſollte (10).

Hat man alſo bei den verſchiedenen Anordnungen der Geſetze ſchon alle Vorſicht nöthig, um ge-

(10.) Mehr hievon wird noch in dem folgenden Aufſatze IV. 4. bei Gelegenheit des Beweiſes der culpa vorkommen.

gegen Mißdeutungen derſelben auf ſeiner Hut zu ſeyn, ſo wird man noch mehr Urſache haben, gegen die Behauptungen der Rechtsgelehrten einiges Mißtrauen zu hegen, wenn ſie irgend einen Satz als Rechtsvermuthung ankündigen. Unter dem Anſehen des **Menoch** hat ſich vieles in die Reihe dieſer Vermuthungen eingeſchlichen, was doch höchſtens in Verbindungen mehrerer Umſtände nur praeſumtio hominis ſeyn würde. **Menoch** und **Mascard** ſind freilich jetzt nicht mehr als Orakel für die zweifelhaften Rechtsfälle im Gange, aber der Ton, den ſie angegeben haben, iſt darum noch nicht ganz verſchwunden; und ad modum Menochii macht vielleicht noch manche vermeinte Rechtsvermuthung ihr Glück, die eigentlich nicht durchgehen müßte.

c) Eine Hauptquelle der Unrichtigkeiten, welche nach und nach hier aufgekommen ſind, iſt in der Nichtbeobachtung des vorhin bemerkten dritten Punkts zu ſuchen. Wenn von zweien einander entgegengeſetzten Dingen das eine als wahrſcheinlich ausgeſagt wird, ſo folgt natürlich, daß das andere nicht, oder doch weniger vermuthet wird. Aber daraus, daß es dem einen an Gründen der Wahrſcheinlichkeit bloß fehlt, folgt noch nicht

gleich umgekehrt, daß das andere ſtärkere Vermuthungen für ſich habe. Denn es können ja weder für das Eine, noch für das Andere Gründe zu irgend einem beſtimmten Urtheile vorhanden ſeyn. Zu ſagen: Es wird nicht vermuthet, daß Jemand dieſen oder jenen Contrakt geſchloſſen habe, iſt doch wohl nicht ganz identiſch mit dem Satze: Es wird vermuthet, daß er ihn nicht geſchloſſen habe. Jenes ſetzt nur ſo viel voraus, und deutet nichts weiter an, als daß man keine Gründe habe, um die Schließung des Contrakts anzunehmen, dieſes hingegen hat eigentlich den Sinn, daß wirklich Gründe vorhanden ſind, um daraus zu folgern, daß der Handel nicht eingegangen ſey. Dies letztere dürfte ſich doch wohl nicht füglich ſchon im Allgemeinen als Rechtsvermuthung annehmen laſſen (11).

9 Wenn nun die Geſetze eine gewiſſe Thatſache ohne Beweis nicht als wahr angenommen wiſſen wol-

(11) Daher iſt der Vorſtellung L. C. G. Schneiders vollſtändiger Lehre vom rechtl. Beweiſe, Gießen und Darmſtadt 1803. §. 29., daß derjenige, welcher einen geſchloſſenen Vertrag leugne, die rechtliche Vermuthung für ſich habe, nicht füglich beizupflichten.

wollen, und daher demjenigen, deſſen Anträge von der Richtigkeit jener Thatſache abhängen, ihre rechtliche Bewahrheitung zur Pflicht machen, ſo folgt daraus noch nichts weiter, als daß der faktiſche Grund ſeines Antrags keine geſetzliche Vermuthung für ſich habe; hingegen keineswegs läßt ſich daraus ſchon abnehmen, daß eine Rechtsvermuthung wider ihn, mithin für das Gegentheil vorhanden ſey. So evident dies alles nun auch iſt, ſo ſind die Rechtsgelehrten gleichwohl in äußerſt vielen Fällen, wo die Geſetze nichts weiter verfügen, als daß derjenige, gegen den ein factum *agendo* oder *excipiendo* vorgebracht wird, und der ſolches beſtreitet, vom Beweiſe frei ſeyn ſoll, auf die ganz unrichtige Vorſtellung eigentlicher Rechtsvermuthungen gerathen, wovon unter andern die unter Böhmer vertheidigte Diſſertation de colliſione praeſumtionum mehrere Beiſpiele enthält. — Vergleicht man zuvörderſt die bekannten Sätze: Quilibet praeſumitur bonus; omne praedium praeſumitur liberum; quaelibet poſſeſſio praeſumitur juſte adquiſita, die ſo oft und überall als vorzügliche Rechtsvermuthungen angekündigt werden, mit den Vorſchriften der Geſetze ſelbſt, ſo findet man in dieſen nichts mehr, als was die Natur der Sache auch ohne alle geſetzliche Sanction mit ſich bringt, daß

nämlich Jeder, dem Pflichtwidrigkeiten vorgeworfen werden, hierüber einen Beweis erwarten darf, da es ungerecht und vernunftwidrig ſeyn würde, ohne dieſen Beweis dergleichen ſchon als wahr anzunehmen; daß ferner demjenigen, der die Eigenthumsrechte eines Andern einzuſchränken, an Sachen, welche dieſer hat, oder an deſſen Perſon gewiſſe Rechte geltend zu machen ſucht, die Beweiſe dieſer Anmaßungen beibringen, widrigenfalls ſich derſelben im Wege Rechtens gänzlich enthalten muß. Alles dieſes bedarf durchaus der geſetzlichen Sanction eigentlicher Rechtsvermuthungen gar nicht. Man ſollte daher ſtatt ihrer, und anderer ihnen ähnlicher Regeln, eigentlich nur umgekehrt ſagen: Es wird **nicht** vermuthet, daß Jemand geſetzwidrig gehandelt habe, **nicht**, daß eine Sache mit Servituten belaſtet, **nicht**, daß ein vorhandener Beſitz unrechtmäßig erworben ſey. Hieraus würde die Verbindlichkeit zur Beweisführung ſowohl in Anſehung des Objekts, als auch des Subjekts, eben ſo gut von ſelbſt folgen, als man ſie vermöge jener vermeinten Rechtsvermuthungen zu beſtimmen ſucht. Dabei aber würde die Sache offenbar richtiger ausgedrückt, was auch ſelbſt in Anſehung der Folgen hier nicht gleichgültig iſt. Hat nämlich ein Thatſatz einmal eine

Rechts-

Rechtsvermuthung für ſich, ſo mag er zur Begründung einer Klage, oder zur Vertheidigung dagegen vorkommen, er muß in jedem Falle einſtweilen zum Beſten deſſen, der ſonſt der Regel nach den Beweis zu führen hätte, als wahr angenommen werden, bis das Gegentheil erwieſen wird. So z. B. könnte daher ein Rechnungsführer, vermöge der berühmten Regel: Quilibet praeſumitur bonus, donec probetur contrarium, verlangen, daß man allen ſeinen Angaben auf ſein Wort trauen, ein Schuldner, daß man die von ihm vorgeſchützte Einrede der Bezahlung ohne Beweis einſtweilen als wahr annehmen müſſe, weil die rechtliche Vermuthung dafür ſey, daß man pflichtmäßig verfahre, folglich nicht mit Unwahrheiten umgehe, Andern das Ihrige nicht vorenthalte, u. d. m. Hiemit würde wohl freilich nicht leicht Jemand in den Gerichten durchkommen; aber wenn doch einmal eine rechtliche Vermuthung als ſolche für das Pflichtmäßige angenommen wird, ſo wird man auch die rechtlichen Folgen derſelben nicht verkennen dürfen, und es iſt daher wenigſtens eine billige Forderung an die Rechtstheorie, daß man uns Gründe angebe, um der Schwierigkeit, die ſich hier zeigt, entgehen zu können. **Schneider** (12) glaubt,

(12) l. c. S. 429.

glaubt, daß mit Beibehaltung gedachter Rechtsvermuthung der anſcheinende Widerſpruch nicht anders, als dadurch aufzulöſen ſey, daß die Vermuthung für das Pflichtmäßige dem, der einen bejahenden Thatſatz für ſich anführt, nicht zu Statten komme, ſondern nur dem, der die ihm vorgeworfene Pflichtwidrigkeit verneine, weil in jenem Falle das Gegentheil der beſtimmten Behauptung, wegen der Möglichkeit unendlich vieler anderer Handlungen eine größere Wahrſcheinlichkeit für ſich hätte, allein in dieſem nur eine Möglichkeit gegen eine andere, alſo auf keiner Seite Wahrſcheinlichkeit, und bei dieſem abſoluten Gleichgewichte es wohl erlaubt ſey, die Idee von der moraliſchen Würde des Menſchen einen Ausſchlag geben zu laſſen. — Allein mit einer Rechtsvermuthung, die man uns da, wo wir ſie eigentlich als ſolche, wenn ſie gegründet wäre, anzuwenden hätten, verſagt, hingegen die man uns nur da geſtatten will, wo wir zu unſerm Zwecke gar keiner praeſumtio juris bedürfen, mit einer ſolchen Rechtsvermuthung muß es doch eine ganz eigene Bewandniß haben. Die vermeinte Vermuthung für das Pflichtmäßige kann Niemanden vom Beweiſe befreien, der ihn ſonſt führen muß, wenn man auch die Regel: quilibet praeſumitur bonus, ganz ausſtreicht.

ſtreicht. Sie bringt eigentlich nie die Laſt des Beweiſes auf den Gegner, da dieſer in allen Fällen, wo ihn dieſe Laſt trifft, ſolche auch ohne Rückſicht auf jene Regel würde übernehmen müſſen ([13]).

Eben

([13]) Dies wird ſich bei der Nachleſe der Geſetzſtellen, welche gemeiniglich für jenen Satz als eigentliche Rechtsvermuthung angeführt werden, cap. ult. X. *de praeſumt.* (II. 23) L. 51. D. *pro ſocio* (XVII. 2) L. 18. §. 1. D. *de probat.* ſehr bald warnehmen laſſen. Die erſte Stelle legt denen die Beweisführung auf, welche Jemanden die Zuläſſigkeit zu geiſtlichen Beneficien beſtreiten, mithin auch das ordentliche Examen mit ihm nicht anſtellen wollten; es heißt daher: eidem ſcholari probandi ſe idoneum nulla neceſſitas imponatur, *quum prima facie praeſumatur idoneus*, niſi aliud in contrarium doceatur. Wollte man die Worte: quum prima facie praeſumatur idoneus, ſo auslegen, daß alle Bedingungen des beneficii in der Perſon des Suchenden vermuthet würden, dieſer alſo nichts zu beweiſen hätte, ſo würde das zu offenbaren Widerſprüchen führen, indem weder examina, noch Ahnenproben, noch ſo manche andere Anordnungen damit würden beſtehen können. Die Worte laſſen alſo keinen andern Sinn zu, als daß, bei ſonſt vorausgeſetzter Zuläſſigkeit im Ganzen, das Daſeyn beſtimmter Hinderniſſe nicht vermuthet werde, ſondern von dem, der dieſes behaupten,

10 Eben ſo verhält es ſich mit der gewöhnlich behaupteten Rechtsvermuthung für die rechtmäßige Erwerbung des Beſitzes. Um in dem Beſitze, worin ſich Jemand befindet, geſchützt zu werden, bis Andere ein beſſeres Recht ausführen, dazu bedarf es keiner Rechtsvermuthung. Wenn daher die Geſetze den Beſitzer einer Sache, die von andern in Anſpruch genommen wird, mit Beweiſen der Rechtmäßigkeit ſeines Beſitzes nicht beläſtigt, vielmehr ihn bei der freien Ausübung des Rechts, ſo lange als die Anmaßung des Gegners noch unerwieſen iſt, gehandhabt wiſſen wollen, ſo iſt das nicht ſo-

wohl

ten will, erwieſen werden müſſe. — In der zweiten Stelle heißt es: Merito autem adjectum eſt, *ita demum furti actionem eſſe, ſi per fallaciam et dolo malo amovit*, quia quum ſine dolo malo fecit, furti non tenetur; et *ſane plerumque credendum eſt*, eum qui partis dominus eſt, jure potius ſuo re uti, quam furti conſilium inire. Die Abſicht, eine Sache zu veruntreuen, iſt nicht zu vermuthen, wenn der, welcher ſich ihrer bedient hat, andere Gründe hievon für ſich anführen kann. Dies iſt alles, was ſich eigentlich nur aus dieſer Stelle herleiten läßt. — Die dritte ſagt: Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admiſſum debet. Das bedarf nach Anleitung des bereits Geſagten keiner weitern Erklärung.

wohl die Folge einer für ihn geordneten Rechtsvermuthung, als vielmehr die natürliche, und von keinem vernünftigen Geſetzgeber zu verkennende Folge des allgemeinen, und überall als Regel in Rechtsſtreitigkeiten geltenden Grundſatzes, daß Niemand den Anſprüchen und Forderungen Anderer zu weichen oder nachzugeben ſchuldig erkannt werden könne, bis dieſe rechtlich begründet, und ſo weit ſie auf Thatſachen beruhen, gehörig bewahrheitet worden ſind. Sonſt würde man überall Rechtsvermuthungen für jeden Verklagten annehmen müſſen. —

Nach einer Verordnung Conſtantins (14) ſollte ſogar der Beſitzer, obgleich er zuvörderſt

(14) L. 1. C. Theod. de fide teſt. et inſtrument. (XI. 39.) Etſi veteris juris definitio et retro principum reſcripta in judicio petitori ejus rei quam petit neſſitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et juſtitia moti, ut ſi quando talis emerſerit cauſa, in primordio juxta *regulam juris* petitor debeat probare, *unde res ad ipſum pertineat:* ſed ſi deficiat pars ejus in probationibus, tunc demum poſſeſſori neceſſitas imponatur probandi, *unde poſſideat, vel quo jure teneat.* *Jac. Gothofred* ſucht in ſeinem Commentar über dieſes Geſetz IV. 333. die Verordnung nach gewiſſen beſondern Fällen, worauf

derſt den Beweis des Klägers abwarten durfte, dennoch in der Folge, wenn der Kläger ſeinen Beweis nicht auszuführen vermöchte, den rechtlichen Erwerb der Sache darthun. Dieſe freilich etwas ſonderbare Verordnung iſt in Juſtinians Geſetzſammlung nicht mit übergegangen, die aber doch in einer andern Vorſchrift es als rechtlich anerkennt, daß der Beſitzer die nähere Angabe und Beibringung des Erwerbes, wodurch die Sache auf ihn gekommen ſey, nicht ablehnen dürfe, wenn bereits einiger Verdacht der ungebührlichen Anmaßung fremden Guts gegen ihn vorhanden iſt, oder auch ſonſt beſondere Gründe für den Gegner eintreten ([15]).

Ueberhaupt leidet die Regel, daß der Beſitzer nicht ſchuldig ſey, den Rechtsgrund anzugeben, noch weniger darzuthun, woher er die Sache habe, bekanntlich manche Einſchränkungen, welche theils die Billigkeit, zur gehörigen Beſtimmung der gegen

auf ſie ſich bezogen hätte, zu rechtfertigen, was aber freilich der Ausdruck nicht zu erkennen gibt.

([15]) L. 5. C. de furtis (VI. 2.) Civile eſt quod adverſarius tuus exigit: ut rei quam apud te fuiſſe fateris, exhibeas venditorem; nam a transeunte et ignoto de emiſſe, dicere non convenit, volenti evitare alienam bono viro ſuſpicionem.

gen ihn anzuſtellenden Klage ([16]), theils die Beſchaffenheit der Anmaßung in Beziehung auf deren rechtliche Möglichkeit mit ſich bringt ([17]). Um die Publicianiſche Klage gegen einen andern, obgleich dieſer ohne allen zureichenden Rechtsgrund ſich der Sache anmaßt, mit Erfolg anzuſtellen, genügt

([16]) L. 11. C. de petit. hered. (III. 31.) Cogi poſſeſſorem ab eo, qui expetit, titulum ſuae poſſeſſionis dicere, incivile eſt, praeter eum ſcilicet, qui dicere cogitur, utrum pro poſſeſſore, an pro herede poſſideat.

([17]) Z. B. Wenn von Hoheitsrechten die Rede iſt. — In Privatſachen kann L. 16. C. de probat. (IV. 19.) zur nähern Erläuterung dienen: Sive poſſidetis praedia, quae a patre communi ſibi fratres emancipati donata contendentes vindicant, ipſis incumbit facti probationis neceſſitas; ſive ipſis ea praedia quaſi a patre veſtro ſibi donata tenentibus vos coheredes conſtituti patris petitis ut intentionem veſtram non conſtitiſſe detegant, unde domini facti ſunt, emergente quaeſtione docere compelluntur. Nach den Vorausſetzungen dieſer Conſtitution ſchützt alſo der bloße Beſitz der Sachen, von denen ſo viel ausgemacht war, daß ſie urſprünglich zum väterlichen Vermögen gehört hatten, die emancipirten Kinder noch nicht; um ſie von dem Beweiſe des rechtlichen Erwerbes zu befreien.

nügt der gehabte **Beſitz, als ſolcher**, nicht, und die vermeinte Rechtsvermuthung wird nicht geachtet, ſondern der Kläger muß zeigen, daß er mittelſt gehörigen Rechtstitels die Sache an ſich gebracht habe ([18]). Man ſieht aus dieſem Allen deutlich genug, wie wenig es mit der berühmten Vermuthung für den Beſitzer auf ſich habe ([19]).

Hat ein Vormund Gelder des Pupillen Zinſenlos ſtehen laſſen, ſo kommt es darauf an, ob er ſichere Gelegenheit, die Gelder unterzubringen, verſäumt habe. Anſtatt nun zu behaupten, es werde vermuthet, daß der Vormund **keine** ſolche Gelegenheit gehabt habe ([20]), wäre es doch wohl unſtreitig richtiger, wenn man ſagte, es laſſe ſich in zweifelhaften Fällen **nicht** vermuthen, daß dergleichen vorhanden geweſen, und vom Vormunde außer Acht gelaſſen ſey. Geſetze für jene Vermuthung

([18]) L. 3. §. 1. D. *de publ. in rem act.* (VI. 2.) Qui *juſtam cauſam* traditionis habet, utitur Publiciana. add. L. 13. ibid.

([19]) F. C. von Savigny Recht des Beſitzes. §. 3. n. 4.

([20]) *J. A. Hellfeld* jurisprud. forenſ. §. 1334.

thung gibt es nicht (21), und Gründe, um den Mangel einer Veranlaſſung zum ſichern Unterbringen des Geldes im Allgemeinen als wahrſcheinlich anzunehmen, eben ſo wenig.

Wenn geſagt wird, daß der Richter in zweifelhaften Fällen eher für den Verklagten, als gegen ihn zu entſcheiden habe, ſo iſt das freilich im Ganzen und der Regel nach richtig. Aber muß dies der Richter etwa darum, weil allemal zu vermuthen iſt, daß der Verklagte Recht und der Kläger Unrecht habe? das möchte ich doch nicht behaupten. Vielmehr dürfte, wenn es doch einmal dar-

(21) L. 13. §. 1. D. *de adminiſtrat. et peric. tutor.* (XXVI. 7.) Non eſt audiendus tutor, quum dicat, ideo ceſſaſſe pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, *ſi arguatur eo tempore ſuam pecuniam bene collocaſſe.* Durch das Letztere iſt die Thatſache, welche nicht vermuthet wird, und daher gegen den Vormund erwieſen werden muß, daß er nämlich vortheilhafte Gelegenheiten für den Pupillen nicht benutzt habe, außer Zweifel geſetzt. Für die übrigen Fälle nun, wo dies nicht ſo ausgemacht iſt, wird der Vormund von den Rechtsgelehrten durch das beliebte Argument a contrario mit einer Rechtsvermuthung bedient, deren es doch eigentlich zu ſeinem Zweck gar nicht bedürfte.

darauf ankäme, zu beſtimmen, was zu vermuthen ſey, eher angenommen werden können, daß Jemand ſich gerechten Anſprüchen widerſetze, als daß er ungerechte Forderungen mache, da das Klagen doch mehr als das Antworten auf Anſprüche Anderer von unſerer Willkühr abhängt. Was den Verklagten zu ſeinem Vortheile vom Kläger unterſcheidet, iſt keinesweges als beſondere Begünſtigung der Geſetze anzuſehen, denn warum ſollten dieſe eine Partei mehr, als die andere in Schutz nehmen? — ſondern es folgt ſchon von ſelbſt aus der Natur der Sache, daß Niemand Anſprüchen und Forderungen Anderer eher nachgeben dürfe, als bis dieſe gehörig begründet worden ſind ([22]).

Schneider hat in ſeiner Schrift vom Beweiſe §. 25—37. eine Menge rechtlicher Vermuthungen angenommen, die ſich als ſolche durch beſtimmte Vorſchriften der Geſetze nicht beſtätigen, und ſtatt deren es durchgängig aus vorhin angeführten Gründen richtiger ſeyn würde, es umgekehrt bei der verneinenden Form bewenden zu laſſen.

Der

([22]) Schmidt Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. ſ. w. §. 21. u. daſ. angef. DD. beſonders C. G. *Winkler* impugna-

Der Beweis des Gegentheils, den die Rechts- 11
vermuthung allemal zuläßt, kann nie die Unrichtigkeit derſelben in theſi, ſondern immer nur das Unzutreffende der geſetzlichen Vorausſetzung in hypotheſi d. i. die Wirklichkeit der entgegenſtehenden Thatſache betreffen. Durch das Erſtere würde man ſich über das Geſetz hinwegſetzen, welches weder Richtern, noch Parteien freiſteht. Indem aber die Geſetze hier überhaupt den Beweis des Gegentheils freilaſſen, haben ſie dieſen auch nicht mehr eingeſchränkt, als in andern Fällen, ſondern dem Beweisführer natürlich jedes Mittel, und jede rechtliche Anordnung freigeſtellt, wodurch ſonſt Thatſachen vor Gericht in Gewißheit geſetzt werden. Es würde daher in Fällen, wo die Geſetze eine gewiſſe Abſicht bei einer Handlung, einen gewiſſen Sinn zweifelhafter Ausdrücke vermuthet haben wollen, ſehr ungerecht ſeyn, wenn man den Beweis des Gegentheils nur auf ausdrückliche Erklärung einer andern Abſicht, oder eines andern Sinnes einſchränken, und den Folgerungen, welche die beſondern Umſtände und der nähere Zuſammenhang der Sache darbieten, nicht eben die Beweis-

pugnatio ſtudii partium hinc inde in foro male recepti; Opuſcul. min. II. 1. 9.

weiskraft zugeſtehen wollte, die ihnen ſonſt bei Erklärung des zweifelhaften Sinnes einer Verfügung nicht zu verſagen iſt. Dieſe beſondern Umſtände und Eigenheiten des vorkommenden Falls können allerdings das Gegentheil der geſetzlichen Vermuthung deutlich ergeben, wenigſtens ſo viel bewirken, daß der Richter auf die eidliche Bewahrheitung deſſelben erkennen kann (23). Mit einem Worte: die gemeine Vermuthung muß in theſi freilich der praeſumtio juris nachſtehen; aber ſie kann doch in hypotheſi beim Beweiſe des Gegentheils allerdings mit in Betrachtung kommen, wenn ſich beſondere Umſtände ergeben, die das im Allgemeinen bei der Sanction der Rechtsvermuthung zum Grunde gelegte Verhältniß ſo verändert darſtellen, daß in dem vorkommenden Falle die Folge des Gegentheils dadurch unterſtützt wird. Wenn das Geſetz aus der Einwilligung des Gläubigers in die weitere Verpfändung der Sache als rechtliche Vermuthung den Schluß erlaubt, daß jener ſich ſeines Pfandrechts begeben habe (24), ſo iſt damit noch

(23) *J. H. Böhmer* de colliſ. praeſumt. Cap. 2. §. 13.

(24) L. 12. pr. D. *Quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* (XX. 6.) Paulus reſpondit, Sempronium antiquiorem creditorem, conſentientem, quum debitor ean-

noch nicht verordnet, daß der Richter nur in Fällen eines ausdrücklichen Vorbehalts das Gegentheil annehmen, und ſonſt auf Umſtände, welche dies als wahrſcheinliche Abſicht der Parteien darſtellen, mithin eine gemeine Vermuthung dafür an die Hand geben, gar nicht achten ſolle (25). Nur das darf er ſich nicht erlauben, daß er geradezu als Regel den Satz umkehren und auch da, wo dergleichen beſondere Verhältniſſe nicht beigebracht worden, dennoch bei dem facto an ſich betrachtet, das Gegentheil vermöge ſeiner Beurtheilung als wahrſcheinlich annehmen und geltend machen, oder dies doch auf ſolche Umſtände und Verhältniſſe gründen wollte, die das geſetzlich Vorausgeſetzte nicht ändern, unter der Vorſchrift alſo mit begriffen ſind, und die alſo, wenn darauf Rückſicht zu nehmen wäre, die ganze Anordnung des Geſetzes, als

eandem rem tertio creditori obligaret, *jus ſuum pignoris remiſiſſe videri.* Cocceji jur. controv. tit. cit qu. 8.

(25) Vielmehr heißt es in L. 12. §. 4. D. *Qui por. in pign.* — Erit autem *facti quaeſtio* agitanda, quid inter eos actum ſit: utrum ut *diſcedatur* ab hypotheca *in totum*, quum prior conceſſit creditor alii obligari hypothecam, an ut ordo ſervetur, et prior creditor ſecundo loco conſtituatur.

als allgemeine Rechtsvermuthung betrachtet, wieder umwerfen würden. Strube (26) erzählt folgenden Rechtsfall: „Christoph Möllers Ehefrau kam im ſiebenten Monathe mit einem Kinde nieder, welches ſo vollſtändig war, daß man nach der Bademutter Zeugniß, viele Kinder von neun Monathen findet, welche nicht ſo ſtark ſind. Die Mutter geſtand auch, daß nicht ihr Ehemann, ſondern Conrad Brauns, deſſen Vater ſey, und dieſer ſtellte in keine Abrede, mit der Möllerin vor ihrer Heirath ſich fleiſchlich vermiſcht zu haben. Er wollte jedoch behaupten, das Kind könne ſowohl von Möllern als von ihm gezeugt ſeyn. Jener forderte von dieſem deſſen Alimentationskoſten, und das Amt Lauenſtein erkannte am 11ten November 1772: daß, wenn gleich Verklagter den mit des Klägers Ehefrau vor ihrer Verheirathung gepflogenen Beiſchlaf abzuleugnen nicht vermag, dennoch das von ihr zur Welt gebrachte Kind, weil ſolches nach der vom Verklagten geſchehenen und vom Kläger nicht abgeleugneten Angabe, nach der in den Geſetzen angenommenen Zeit, nämlich von des Klägers und deſſen Ehefrauen gehaltenen Verlobung,

(26) Rechtl. Bed. V. 86. vergl. auch *Müller* ad *Leyſer*. Tom. I. obſerv. 80.

bung, und der zugleich geſchehenen fleiſchlichen Vermiſchung anzurechnen, geboren worden, ſolchem auch das Geſtändniß der Mutter zu keinem Präjudiz gereichen kann, Einwendens ohngehindert, pro legitimo zu achten, und Verklagter daher von der angeſtelleten Alimentationsklage lediglich zu entbinden ſey." Die Juſtizkanzlei, an welche Möller appellirte, änderte dieſe Entſcheidung ab, und erkannte den Verklagten ſchuldig, das Kind zu ernähren, weil die erfahrendſten Aerzte behaupteten, daß ein ſchon im ſiebenten Monathe nach Vollziehung der Ehe gebornes **vollſtändiges** Kind nicht ehelich ſeyn könne. — Allein hierauf kann nach der beſtimmten Vorſchrift L. 12. D. *de ſtatu hominum* (27) nicht geachtet werden, deſſen nicht zu gedenken, daß es äußerſt ſchwankend und ungewiß ſey, zu beſtimmen, ob das Kind dergleichen vollſtändige Leibesbeſchaffenheit habe. Die Ausſagen der Hebammen und der Aerzte, wie ſie häufig vorkommen, kann man in dieſem, für die Rechte des Kindes ſo wichtigen Punkt, nicht als

(27) Septimo menſe naſci *perfectum* partum jam receptum eſt, propter auctoritatem doctiſſimi viri Hippocratis, et ideo credendum eſt, eum qui ex juſtis nuptiis ſeptimo menſe natus eſt, juſtum filium eſſe.

hinreichend annehmen, um darauf die Entſcheidung zu gründen, da die Sache einmal geſetzlich beſtimmt iſt (28). Zwar kamen in dem erwähnten Falle auch noch die Geſtändniſſe der Mutter, und des Verklagten hinzu. Allein bekannten Rechten nach ſind dieſe zum Nachtheil eines Dritten, alſo hier des Kindes, nicht wirkſam (29). Der Beweis des Ge-

(28) *Leyſer* medit. ad Pandect. XV. 2. (Hymmen.) Beiträge zur juriſt. Litterat. in d. Preuß. Staaten. III. 34. Klein Annalen der Geſetzgeb. VII. 107.

(29) Argum. L. 11. §. 9. D. ad Leg. Jul. de adulter. (XLVIII. 5.) Nam non utique crimen adulterii quod mulieri objicitur, infanti praejudicat, quum poſſit et illa adultera eſſe, et impubes defunctum patrem habuiſſe. L. 29. §. 1. D. de probat. Mulier gravida repudiata filium enixa abſente marito, ut ſpurium in actis profeſſa eſt. Quaeſitum eſt, an is in poteſtate patris ſit, et matre inteſtata mortua juſſu ejus hereditatem matris adire poſſit, nec obſit profeſſio a matre irata facta? Reſpondit, veritati locum ſuperfore. — Auch hier iſt das Argument a contrario, welches H. G. *Bauer* reſponſor. I. 43. 181. aus den Worten *a matre irata* hernimmt, ſehr trügend. Die Sache iſt hierauf keineswegs einzuſchränken: Das Geſtändniß der Mutter, ſie mag es im Zorne, oder bei ruhigem Gemüthe abgelegt ha-

Gegentheils, den L. 12. D. de ſtatu hominum zuläßt, muß auf den nicht Statt gefundenen ehelichen Umgang der beiden Eheleute gerichtet werden (30). Dieſem allen zur Folge war in erſter Inſtanz unſtreitig richtiger erkannt worden.

Noch iſt überhaupt einiges über die Colliſion 12 der Vermuthungen zu ſagen übrig.

Bei der Menge von Rechtsvermuthungen, welche nach und nach theils ganz willkührlich, theils aus unrichtiger Deutung der Geſetze angenommen wurden, konnte es wohl an Fällen, wo ſolche auf bei-

haben, kann dem Kinde hier nie zum Nachtheile gereichen. Der Zuſtand, deſſen das Geſetz beſonders erwähnt, gibt freilich für den vorkommenden Fall noch einen beſondern Grund mehr an die Hand; damit iſt aber nicht geſagt, daß nicht auch in andern Verhältniſſen eben das Rechtens ſeyn ſolle, worauf man überhaupt im Gebrauche des erwähnten Arguments bei der Erklärung des Römiſchen Rechts um ſo mehr zu achten hat, je häufiger in den Entſcheidungen der Pandekten und des Codex gerade nur der Geſichtspunkt beſonders ausgezeichnet wird, welcher für den eben zur Frage ſtehenden Fall die Stelle aller übrigen Entſcheidungsgründe vertreten kann.

(30) L. 6. D. de his qui ſui vel al. jur. ſunt. S. Note 2.

beiden Seiten dem Richter in den Weg traten, nicht fehlen, und die mit Präſumtionen aller Art überfüllte Rechtstheorie hatte daher auf der andern Seite bei der Frage: Wem die Beweisführung aufzulegen ſey? auch für dieſe Colliſionsfälle zu ſorgen (31).

Nach richtigen Begriffen ſollte indeß doch von einer Colliſion hier nur dann die Rede ſeyn, wenn beide ſtreitende Theile gegenſeitig Vermuthungen für ſich hätten, die nicht neben einander beſtehen könnten, indem daher eine der andern weichen oder auch beide ihre Wirkung verlieren müßten.

Wird die Sache hiernach gehörig geprüft, ſo dürfte es kaum der Mühe werth ſeyn, beſondere Grundſätze darüber feſtzuſetzen, da die ganze Lehre genau betrachtet in ihren Vorausſetzungen eigentlich keine Realität hat. J. H. Böhmer geht zuvörderſt auf die Veranlaſſung der einander entgegenſtehenden Präſumtionen zurück, findet ſolche theils in den Ausnahmen von einer allgemeinen geſetzlichen Anordnung, theils in den verſchiedenen Graden der Wahrſcheinlichkeit, theils in der Mannigfal-

(31) J. H. Böhmer cit. Diſſ. de colliſione praeſumtionum. Exercit. ad Pand. Tom. IV.

nigfaltigkeit der faktiſchen Umſtände, und gibt darauf 1) als allgemeine Regel für alle Colliſionsfälle den Grundſatz an: „die ſchwächere Vermu„thung muß der ſtärkern weichen.“ Zur nähern Beſtimmung dieſes gegenſeitigen Verhältniſſes aber werden nach den verſchiedenen Gründen, woraus die Colliſion entſteht, noch die Regeln hinzugefügt, daß 2) die allgemeinere Vermuthung der beſondern nachſtehen, 3) unter mehrern ſpeciellen Rechtsvermuthungen aber die dringendere (violenta) den minder dringenden, ſo wie 4) unter mehrern gemeinen Vermuthungen die wahrſcheinlichere nach Beurtheilung des Richters den übrigen vorgehe. Die Beiſpiele, womit alles dieſes erläutert wird, zeigen aber deutlich genug, wie man eigentlich mit der ganzen Lehre daran ſey. Denn in der That iſt, was beſonders die Rechtsvermuthungen anbetrifft, welche die erwähnte Schrift zahlreich anführt, auch kein einziger wahrer unächter Colliſionsfall darin anzutreffen. Alles geht darauf hinaus, daß es auch hier Ausnahmen von allgemeinen Regeln gibt, und daß Vermuthungen, welche für einen gewiſſen Satz eintreten, ſo lange keine beſondere Umſtände das Gegentheil mit ſich bringen, natürlich wegfallen müſſen, ſobald dergleichen beſondere Umſtände, und mit ihnen entgegengeſetzte Präſum=

ſumtionen vorkommen. Weder das Eine noch das Andere kann aber dem eigentlichen Begriff einer Colliſion untergeordnet werden. Noch weniger aber kann von dieſer die Rede ſeyn, wenn ſogar die Rechtsſätze, die man hier zur Erläuterung aufgeführt findet, wo nicht auf beiden, doch wenigſtens auf einer Seite gar nicht zu den Rechtsvermuthungen gehören. Das auffallendſte Beiſpiel hievon iſt wohl unſtreitig, daß es unter andern zu den Colliſionsfällen gerechnet wird, wenn ein Theil ſich auf den Grundſatz: mutatio teſtamenti non praeſumitur beruft, der andere aber dagegen beibringt, daß das von Jemand gemachte Teſtament zerſchnitten, folglich daraus die Willensänderung des Teſtators zu vermuthen ſey (32). Jenes ſagt ja nur aus, was an ſich, wie jedes factum, nicht vermuthet werde, dieſes hingegen bringt eine beſtimmte Vermuthung für etwas bei. Wo iſt alſo hier eine Colliſion zweier entgegenſtehenden Vermuthungen auch nur denkbar. Wenn ferner die berühmten Grundſätze: quilibet praeſumitur bonus; ſemel malus ſemper malus in eodem delicti genere etc., imgleichen die Vermuthungen für die Freiheit, und für den Beſitz, mit den vielen Abwei-

(32) Böhmer c. l. cap. 2. §. 11.

weichungen, welche davon Statt finden, verglichen und eben ſo viele Colliſionsfälle der Vermuthungen daraus hergenommen werden, ſo beziehe ich mich auf das, was im Vorhergehenden gegen alle dieſe vermeinten Rechtsvermuthungen bereits erinnert worden iſt; und finde nicht nöthig, darüber noch weiter etwas hinzuzufügen.

Unter mehrern Rechtsvermuthungen, ſo weit ſich dieſe wirklich behaupten laſſen, dürfte nicht leicht der Fall einer wahren Colliſion anzutreffen ſeyn. Daß aber die gemeine Präſumtion in theſi der rechtlichen weichen müſſe, wenn ſie gleich in hypotheſi zum Beweiſe des Gegentheils mitwirken kann, iſt ſchon oben vorgekommen. Da übrigens bei dieſen gemeinen Vermuthungen alles der Beurtheilung des Richters überlaſſen iſt, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß für die Fälle, da beide ſtreitende Theile ſich gegenſeitig auf Wahrſcheinlichkeiten zu berufen wiſſen, keine andere Regel anzugeben ſey, als daß der Richter den Umſtänden nach zu prüfen habe, was eigentlich als das Wahrſcheinlichere anzunehmen, und dieſem gemäß zu erkennen ſey.

VI.

Wer muß beweiſen?

1.

Angabe einer allgemeinen Regel, und deren Begründung überhaupt.

Die bisherigen Aufſätze haben ſich mit der Frage: Was vor Gericht zu beweiſen ſey? beſchäfftigt. Iſt nun eine ſtreitige Thatſache nach der Behauptung der einen oder der andern Partei in rechtliche Gewißheit zu ſetzen, ſo entſteht eine andere nicht minder wichtige, und in manchen Fällen nicht weniger ſchwierige Frage: Wer von beiden Theilen die Laſt des Beweiſes übernehmen müſſe? Wenn die Rechtsgelehrten hierüber im Allgemeinen ſehr uneinig ſind, ſo können die Controverſen in einzelnen Rechtsmaterien noch weniger befremden.

Nach einer genauen und ſorgfältigen Prüfung der Sache von allen Seiten, welche dabei in Erwägung kommen, wird ſich folgender Grundſatz hier als Regel überhaupt behaupten laſſen: **Wer ein Recht oder eine Befreiung von Rechten oder Anmaßungen Anderer ganz oder zum**

Theil

Theil mit Erfolg vor Gericht geltend zu machen ſucht, iſt ſchuldig, die noch ungewiſſen Thatſachen, deren Wahrheit das Recht oder die Befreiung als nothwendig vorausſetzt, zu beweiſen. — Dieſe Regel iſt nach allgemeinen Rechtsgründen ſo einleuchtend wahr, in ſo manchen Vorſchriften unſerer Geſetze beſtätigt, und als Regel betrachtet für die angekündigte Frage ſo erſchöpfend, daß ſie in jedem Rechtsſtreite entſcheiden muß, wenn nicht beſondere geſetzliche Vorſchriften für beſtimmte Fälle eine Ausnahme mit ſich bringen. Nicht füglich dürfte irgend ein anderer Grundſatz den Forderungen, welche die Rechtstheorie hier zu erfüllen hat, beſſer und mehr genügen.

Wenn die Regel nicht allein denen die Verbindlichkeit zur Beweisführung auflegt, welche **Rechte**, ſondern auch denen, die eine **Befreiung** geltend zu machen ſuchen, ſo kann und ſoll dies Letztere hier eigentlich nur von ſolchen Anträgen geſagt ſeyn, wodurch Jemand den im Allgemeinen oder nach gewiſſen Verhältniſſen, ſchon begründeten Rechten eines Andern, oder doch auf den Fall, daß ſie ſich begründen ließen, beſondere Urſachen ihrer **Aufhebung, Unwirkſamkeit**, oder **Ein-**

ſchrän-

ſchränkung entgegenſetzt. Das bloße Beſtreiten fremder Anmaßungen durch Ableugnung ihres faktiſchen Grundes iſt alſo mit keinem von Beiden zu vermiſchen. Wer den Behauptungen ſeines Gegners bloß widerſpricht, ſucht durch dieſen Widerſpruch zunächſt und an ſich betrachtet nicht ſowohl Rechte oder Befreiungen im eigentlichen Sinne des Ausdrucks für ſich zu begründen, als vielmehr nur die Anmaßung des Gegners abzulehnen. Er ſetzt den Grund dieſer Anmaßung, in ſofern er faktiſch, und ſonſt noch nicht ausgemacht iſt, in Ungewißheit, welche zu heben, nicht ihm, ſondern dem obliegt, deſſen Anträge von der rechtlichen Gewißheit beſtimmter Thatſachen abhängen.

Einer weitern **Worterklärung** bedarf die angeführte Regel nicht, da das Uebrige keiner Mißdeutung des Ausdrucks unterworfen iſt.

2 Ueberhaupt verſteht es ſich wohl von ſelbſt, daß ein Jeder, dem es darum zu thun iſt, unter dem Schutze der richterlichen Gewalt im Staate etwas zu erlangen, den Gerichten Wahrheiten vorbringen, folglich, wenn dieſe noch nicht ausgemacht ſind, den Beweis übernehmen müſſe. Und wenn unſere Geſetze, wie ein Jeder weiß, dem Kläger, den Beweis eines faktiſchen Klagegrundes, und

dem

dem Verklagten den Beweis ſeiner Einreden zur Pflicht machen ([1a]), was iſt das anders, als die unverkennbarſte Beſtätigung unſerer Regel. Mehr iſt alſo im Allgemeinen zu ihrer Begründung hier zu ſagen nicht nöthig. Daß ſie auch ſonſt noch in einer Menge geſetzlicher Entſcheidungen immer anerkannt ſey, wird die Folge weiter zeigen. Aber eine nähere Erläuterung ihrer einzelnen Beſtimmungen iſt allerdings noch erforderlich, um eine vollſtändige Theorie daraus herzuleiten. Dieſer genauern Entwickelung der Sache laſſen wir jedoch erſt eine Prüfung anderer Grundſätze vorangehen, welche mehr und weniger in den Schriften der Rechtsgelehrten vorkommen, zum Theil auf einer unrichtigen Auslegung der Geſetze beruhen, und zum Theil noch ſonſt einige Berichtigung erfordern dürften, wenn ſie als eigentliche Regeln für die Frage, worauf es hier ankommt, gelten ſollen.

2.

Vergleichung einiger andern Grundſätze.

Faſt in jedem Lehrbuche des bürgerlichen Rechts überhaupt, und der Prozeßtheorie beſonders,

([1a]) L. 19. pr. D. *de probat.* In exceptionibus dicendum eſt, reum partibus actoris fungi oportere, ipſum-

ders, ſo wie auch in einzelnen Abhandlungen kommt die Beantwortung der Frage: wer den Beweis zu führen habe? in veränderter Form vor. Die ältern Rechtsgelehrten waren weniger bemühet, die Sache auf **einen** Hauptgrundſatz zurückzubringen, ſie gaben gewöhnlich mehrere Regeln neben einander an, und ſuchten durch deren nähere Beſtimmung, mit hinzugefügten Limitationen und Ausnahmen, das Ganze zu erſchöpfen, wie man es in den größern Werken *Maſcardi* und *Paciani* auch deren Vorgängern und Nachfolgern antrifft. Vorzüglich waren es die beiden Sätze: Der Kläger muß beweiſen, nicht der Verklagte, und: dem Bejahenden, nicht aber dem Verneinenden liegt der Beweis ob; denen man jedoch bisweilen noch andere Regeln beifügte, in deren Verbindung man die Sache am beſten und vollſtändigſten darzuſtellen glaubte (1b).

An

ipſumque exceptionem, velut intentionem implere, ut puta ſi pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum eſſe.

(1b) *Joſeph. Maſcard.* de probationibus Vol. I. quaeſt. 17. *Fulvius* Pacianus Tractat. Cui incumbat onus probandi Lib. I. c. 6.

An Einwürfen gegen die Richtigkeit bald dieſer bald jener Regel fehlte es aber auch nicht, und die Frage: Wer beweiſen müſſe? ward nach und nach eine der ſtreitigſten in der Rechtstheorie ([1c]). Die neuern Rechtsgelehrten nähern ſich zwar größten Theils in der Sache ſelbſt dem Grundſatze, welchen wir oben vorgetragen haben, und weichen unter ſich meiſtens nur in der Faſſung des Ausdrucks von einander ab. Indeß ſcheint es doch, daß man gewiſſe Hauptpunkte dabei nicht gehörig beachtet habe. Es wird daher nicht undienlich ſeyn, dieſe neuern Vorſtellungen hier gleich anzuſchließen, und zur bequemern Ueberſicht und Vergleichung einige der vorzüglichſten Schriften hierüber wörtlich anzuführen. Danächſt aber wird auch noch von einigen ältern Grundſätzen, die ebenfalls noch jetzt ihre Vertheidiger finden, etwas ausführlich zu reden ſeyn.

Von

([1c]) Dies zeigen die Commentare und Lehrbücher des Civilrechts und der Prozeßtheorie hinlänglich. Vergl. *Cocceji* jure controv. tit. de probat. Joh. Juſt. Schierſchmid allgemeine Regel, wer von den ſtreitenden Parteien bei einem Rechtshandel den Beweis zu übernehmen. Erlangen 1754. 4.

Von Tevenar (²) ſagt: „Derjenige, welcher behauptet, daß ſich eine Naturbegebenheit zugetragen habe, die Rechte zuwege bringt — eine einſeitige Handlung vorgenommen — ein Vertrag geſchloſſen worden — eine Gewohnheit, die Streitigkeit entſcheide — eine Perſon oder Sache ſich in einem ungewöhnlichen Verhältniſſe, oder Verbindung befinde, muß dieſe Sätze, wenn er daraus Rechte oder Verbindlichkeiten herleiten will, erweiſen; es ſey denn, daß das Vorgeben ganz oder zum Theil von einem ſolchen Grade der Wahrſcheinlichkeit unterſtützt wird, den die Geſetze, bis das Gegentheil erwieſen worden, für Wahrheit annehmen; oder der Satz zu den unerweislichen Sätzen (³) gehöret. Ich glaube nicht, daß eine zuverläſſigere allgemeine Regel, wer den Beweis übernehmen müſſe, als die jetzt vorgetragen worden, gegeben werden könne." — Nach **Martin** (⁴) liegt die Beweislaſt ſtets demjenigen ſtrei-

tenden

(²) Theorie der Bew. im Civilproz. S. 26.

(³) d. h. nach S. 16. ibid. die auf ausgemachten Wahrheiten beruhen, davon die Wahrheit offenbar zu Tage liegt, und daher vermuthet wird, wohin z. B. Rechtsvermuthungen gehören.

(⁴) Lehrb. des Deutſch. gem. bürgerl. Proz.

tenden Theile ob, welcher eine ſolche Thatſache als Grund ſeiner Anſprüche oder Vertheidigung behauptet, deren Beweis zu verlangen iſt. **Von Metzger** (5) beſtimmt die Sache ſo: „onus probandi igitur illi incumbit, qui allegat factum deciſioni cauſae inſerviens, ex quo jus ſibi competere intendit, quod haud notorium, ſed dubium et controverſum eſt. Ille vero ab hoc onere eſt immunis, qui non nititur facto dubio et controverſo, ſed notorio, aut ex confeſſione liquido, aut tali pro quo facit praeſumtio qualificata, vel fortior debiliorem vincens, ex legis diſpoſitione vel ipſa rei natura derivanda. Quoad reliqua perinde eſt, ſive actor ſive reus illud allegaverit, ſive ſit factum negativum ſive affirmativum, ſive probatio ſit facilis ſive difficilis.“ — **Grolmann** (6) ſtellt die Sache in dieſer Form vor: „Es kann nicht bezweifelt werden, daß Thatſachen und Begebenheiten, deren Exiſtenz nicht nothwendige Folge einer unumſtößlichen Wahrheit iſt, Eigenſchaften einer Sache

(5) Diſſ. de onere probandi et cauſis quae litigantem ab eo immunem reddunt Altd. Noric 1800. §. 5.

(6) Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 80., womit jedoch Schneider vom Beweiſe S. 414. zu vergleichen iſt.

che und Verhältniſſe, welche nicht aus der natürli-chen Beſchaffenheit desjenigen fließen, in Anſehung deſſen ſie behauptet werden, nur dann als wahr und richtig betrachtet werden können, wenn Gründe angeführt werden, aus welchen ohne Zwang die Ueberzeugung von dieſer Wahrheit und Richtigkeit hervorgeht. Es wird daher als durchaus erſchöpfende Regel betrachtet werden können, daß die Verbindlichkeit, zu beweiſen, demjenigen obliege, der ſein anzuerkennendes Recht, ſey es nun ausſchließend oder zum Theil, auf die Exiſtenz **ſolcher** Begebenheiten, Eigenſchaften und Verhältniſſe gründet." — **Gönner** (7) erklärt ſich dahin: „Wer immer ein **Recht** in Anſpruch nimmt, welches nur unter Vorausſetzung eines faktiſchen Umſtandes vom Richter anerkannt werden kann, der muß alle nachtheiligen Folgen tragen, wenn die Bedingungen, unter welchen allein ſein Recht realiſirt werden kann, nicht erfüllt werden. Widerſpricht alſo ein ſtreitender Theil demjenigen, was ſein Gegner an Thatumſtänden **vorbrachte**, ſo muß dieſer dem Richter Gründe vorlegen, nach welchen er den Umſtand, von deſſen Wahrheit ſein Recht abhängt, für wahr annehmen kann, das heißt, er muß beweiſen.

Will

(7) Handb. des Proz. II. 308.

Will man nur das faktiſche Vorbringen eines ſtreitenden Theils Behauptung (affirmatio, aſſertio) nennen, ſo ſteht die Regel aufrecht, daß jeder Theil ſeine **Behauptungen**, von welchen die Anerkennung ſeines Rechts abhängt, beweiſen müſſe; nur machen diejenigen Gründe der Wahrſcheinlichkeit, welche die Geſetze zur Interimswahrheit erhoben haben — praeſumtiones — hiervon eine Ausnahme.“ — **Pfeiffer** (8) ſagt: „Wer ſich auf den Erwerb eines Rechts gründet, muß dieſen beweiſen, ſo wie hingegen dem, welcher die Unwirkſamkeit eines erworbenen Rechts behauptet, auch davon der Beweis obliegt. — Eine von der bisherigen etwas mehr abweichende Regel gibt **Specht** (9) in folgenden Ausdrücken: Aſſerenti contra praeſumtionem incumbit probatio; womit im Ganzen auch **Schneiders** Theorie (10) übereinſtimmt, da ſie durchgängig darauf hindeutet, die Verbindlichkeit zur Beweisführung eines Sa-

 tzes

(8) Vermiſchte Aufſätze über Gegenſtände des Deutſch. und Röm Privatrechts. Marburg 1803. III 3.

(9) Diſſ. de inſufficientia regulae: affirmanti incumbit probatio, deque alia in ejus locum ſubſtituendi. Hal. 1787.

(10) Vom rechtl. Beweiſe. §. 23.

tzes allemal als Folge einer für das Gegentheil Statt findenden Vermuthung darzuſtellen; und nur darin ihr Eigenthümliches hat, daß ſie dieſen Punkt durch die bejahenden und verneinenden Thatſätze näher zu beſtimmen ſucht. Was das Letztere betrifft, ſo wird davon in dem folgenden Aufſatze näher zu reden ſeyn. Daß aber die Verbindlichkeit, zu beweiſen, nicht immer eine Vermuthung für das Gegentheil vorausſetze, daß vielmehr z. B. die Schließung eines Contrakts bewieſen werden müſſe, weil ſie nicht vermuthet wird, keinesweges aber, weil die Nichtſchließung deſſelben vermuthet wird, iſt im Vorhergehenden (V. 8. u. ſ. w.) ſchon deutlich gezeigt worden.

4 Genau betrachtet ſind aber auch die übrigen Vorſtellungsarten, wenn es darauf ankommt, eine ganz allgemeine Regel für die Verbindlichkeit zur Beweisführung zu beſtimmen, hauptſächlich in folgenden Rückſichten nicht ganz zutreffend. In ſofern 1) in einigen derſelben bloß von Rechten, worauf Jemand einen Anſpruch macht, 2) bloß von dem, was eine Partei für ſich behauptet, die Rede iſt, und 3) die nähere Beſtimmung, welche der Zweck des Vorbringens an die Hand gibt, dabei außer Acht gelaſſen wird.

1)

1) Unſtreitig muß auch der die Beweisführung übernehmen, welcher nicht ſowohl Rechte verfolgt, als vielmehr den Rechten Anderer eine gewiſſe **Befreiung** entgegenſetzt. **Martin** redet zwar auch von dem, der eine Thatſache als Grund ſeiner **Vertheidigung** behauptet. Allein dieſer Ausdruck würde zu weit führen, und auch dem, der bloß **leugnet**, den Beweis aufbürden. Denn auch dieſer behauptet allerdings für ſich eine Thatſache, indem er das Gegentheil von dem ausſagt, was ein anderer vorgebracht hat. 2) Nur darauf kommt es an, ob das Recht oder die Befreiung, welche gerichtlich verfolgt wird, ſich auf gewiſſe Thatſachen gründet, nicht ob Jemand gerade dieſe Thatſache wirklich für ſich angeführt hat. Die ſogenannte exceptio non impleti contractus bringt den Beweis auf den Kläger, wenn er gleich der ſeiner Seits geſchehenen Erfüllung des Contrakts gar nicht erwähnt hat. Mehr davon wird in der Folge bei der nähern Erläuterung unſerer Regel vorkommen.

3) Die Parteien können vieles in rechtlicher Beziehung gegen einander vorbringen, aber die Verbindlichkeit, das Vorgebrachte in facto durch förmlichen Beweis zu bewahrheiten, kann nur den-

jenigen

jenigen treffen, der gerade jetzt, da ihm der Beweis auferlegt werden ſoll, das Recht oder die Befreiung wirklich ſchon geltend machen will. Die Gegenbehauptungen, wodurch der Verklagte den Anſpruch des Klägers, oder wodurch dieſer die Einreden des Erſtern abzulehnen ſucht, ſind, ob ſie gleich Thatſachen betreffen, und vom Gegner beſtritten werden, darum doch nicht ſogleich zu beweiſen, da ſie häufig nur auf den Fall vorgeſchützt werden, wenn der Gegner erſt ſeiner Seits eine gewiſſe Anmaßung in facto gehörig begründet haben würde, folglich kann auch erſt dann, wenn dieſe Bedingung in Erfüllung getreten iſt, von dem rechtlich nothwendigen Beweiſe ſolcher Gegenbehauptungen die Rede ſeyn. Auch dieſes wird ſich freilich weiterhin noch deutlicher zeigen. Hier wird das Geſagte ſchon hinreichen, um es zweckmäßig zu finden, dem allgemeinen Grundſatze diejenige Beſtimmtheit zu geben, wovon im Ganzen auch Pfeiffer noch etwas vermiſſen läßt, ob gleich ſonſt der von ihm angegebene Grundſatz mehr als die Vorſtellungen Anderer den bisherigen Erinnerungen zuvorkommt.

5 Wie ſchwer, oder wie leicht die Beweisführung ſey, darauf kann bei der Frage, wovon hier

die

die Rede iſt, nichts ankommen. Die Gerichte handeln ſehr unrecht, wenn ſie in vorkommenden Fällen die Laſt des Beweiſes Jemanden bloß darum auflegen, weil er ihn im Ganzen wohl eher, als der Gegner zu führen im Stande ſeyn dürfte. Dies kann nach Verſchiedenheit der Umſtände leicht trügen; und eigentlich wird doch der ſtreitende Theil, der jene Laſt übernehmen ſoll, in einen mißlichern Zuſtand wegen des obwaltenden Rechtsſtreits geſetzt, als er es ſeyn würde, wenn er den Beweis des Gegners nur erwarten dürfte. Die Frage: Wer beweiſen müſſe? iſt unſtreitig nur nach **Rechtsgründen** zu beſtimmen, und wenn dieſe die Beweisführung auflegen, der muß ſie auch übernehmen, oder ſich gefallen laſſen, daß in Anſehung des ſtreitigen Punkts gegen ihn erkannt werde. Es iſt durchaus ſeine Sorge, ob das Thema, worauf es ankommt, überhaupt oder gar nicht, ob es leicht oder ſchwer, auszuführen ſey. Es gibt keinen zureichenden Grund, um dem andern Theile eine Laſt im Prozeſſe aufzubürden, weil der Gegner, dem ſie eigentlich zukommt, ihr nicht genügen kann. Und doch kommt in der bekannten Controverſe über den Beweis einer bloßen Verneinung das Argument ſehr häufig vor, daß dieſer Beweis nicht möglich, oder wenigſtens die entgegen-

genſtehende Bejahung weit leichter darzuthun ſey. Auch der Verluſt der Beweismittel, beſonders der Urkunden, kann Niemanden vom Beweiſe befreien, wenn ihm dieſer ſonſt den Rechten nach obliegt ([11]); es wäre denn, daß jener Verluſt ſelbſt von dem Gegner verſchuldet ſeyn ſollte; wogegen die Geſetze bekanntlich mit Geſtattung des Eides in litem zu Hülfe kommen ([12 a]).

6 Man hat auch den Grundſatz angenommen: der Kläger muß beweiſen, Actori incumbit probatio. Dies iſt auch eine der älteſten Regeln, und noch in den neueſten Schriften des Civilrechts wird ſie

([11]) L. 23. C. *de probat.* Actor, quod adſeverat, probare ſe non poſſe profitendo, reum neceſſitate monſtrandi contrarium non adſtringit. L. 5. C. *de fide inſtrum.* (IV. 21.) Sicut iniquum eſt, inſtrumentis vi ignis conſumtis, debitores quantitatum debitarum renuere ſolutionem, ita non ſtatim caſum conquerentibus facile credendum eſt; intelligere itaque debetis, non exiſtentibus inſtrumentis vel aliis argumentis, probare debere fidem precibus veſtris adeſſe. L. 13. *ibid.* Apud eos, qui rem geſtam ignoraverunt, amiſſorum inſtrumentorum habita teſtatio nihil ad probationem veritatis prodeſſe poteſt.

([12 a]) Davon in der Folge VI. 46. mit Mehrern.

ſie als das einzige Hauptprinzip vorgetragen. Thibaut ([12b]) beſtimmt indeß die Sache dahin: „dem Theile iſt der Beweis aufzulegen, welcher, ohne von rechtlichen Vermuthungen unterſtützt zu ſeyn, die Stelle eines Klägers vertritt, er gründe ſich nun auf eine bejahende oder verneinende Behauptung, alſo dem Kläger in Rückſicht des Grundes der Klage, dem Verklagten in Rückſicht des Grundes der Exceptionen.“ Freilich kann der Satz nur in dieſer nähern Beſtimmung verſtanden werden, wenn er nicht, als allgemeine Regel betrachtet, an ſich ſchon ganz falſch ſeyn ſoll, und am Ende haben auch die Vertheidiger jener Regel immer in dem Satze: reus excipiendo fit actor, einen erheblichen Grund gegen die ſonſt leicht zu machenden Einwürfe gefunden. Dennoch aber dürfte über die Sache ſelbſt hier noch einiges zu ſagen ſeyn.

Das gegenſeitige Verhältniß der ſtreitenden Theile macht hier an ſich gar keinen Unterſchied, und gibt keinen zureichenden Grund an die Hand, um die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Allgemeinen darnach zu beſtimmen. Beide, Kläger und Verklagter, können Rechte anbringen, und Befreiungen geltend machen wollen. Jener mit-telſt

([12b]) Syſtem des Pand. R. I. 631.

telſt angeſtellter Klage und im Vortrage der Replik, dieſer durch Einreden und Dupliken. Wenn hingegen der Verklagte die Thatſachen, worauf der Klagevortrag oder die Replik ſich gründet, der Kläger hingegen den faktiſchen Grund der Einreden oder der Duplik als unwahr ableugnet, ſo ſind beide in dem Falle bloßer Beſtreitungen. Im Allegemeinen betrachtet iſt alſo weder der Kläger noch der Verklagte ſchon als ſolcher zum Beweiſe verpflichtet; ſondern jeder ſtreitende Theil muß den Grund deſſen, was er gegen den andern geltend zu machen ſucht, alſo der Kläger den Klagegrund, ſo wie auch die Replik, der Verklagte den Grund der Einreden, und der Duplik, ſo weit er faktiſch iſt, und beſtritten wird, rechtlich darthun (13); keiner hingegen iſt ſchuldig, wenn er es nicht freiwillig übernimmt, oder wenn ihm nicht Rechtsvermuthungen entgegenſtehen, das Gegentheil deſſen, was er bloß ableugnet, zu beweiſen. Von der rechtlichen Nothwendigkeit des Beweiſes kann aber nur dann die Rede ſeyn, wenn die Entſcheidung des

(13) L. 1. C. *de probat.* Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam implere cogitur, ita rurſum debitor, qui ſolutam adfirmat, ejus rei probationem praeſtare debet — add. L. 19. D. *eod.*

des Richters von der Führung oder Nichtführung dieſes Beweiſes abhängt, und die Anträge einer Partei nur vermöge der von ihr zu beweiſenden Thatſachen Statt finden können. In dieſem Betrachte iſt nun freilich das Verhältniß des Klägers und des Verklagten ſehr verſchieden. Auf den Grund der Klage und deſſen Richtigkeit kommt es bei der Entſcheidung der Sache immer an. Der Kläger kann nicht erwarten, daß der Richter für ihn erkenne, wenn jener Grund nicht in Gewißheit geſetzt iſt. Er muß alſo den Beweis des beſtrittenen Klagegrundes führen, wenn er nicht ſachfällig werden will. Jede Klage ſetzt einen rechtlichen Anſpruch, den der Kläger für ſich oder zum Beſten Anderer an den Verklagten zu machen hat, und worin der Berechtigte geſtört wird, voraus. Das wirkliche Daſeyn dieſes Rechts in concreto, und die Beeinträchtigungen deſſelben, worüber geklagt wird, iſt Thatſache, mithin eine Klage nicht ohne alles Faktum denkbar, geſetzt auch, daß das Recht oder die Verbindlichkeit an ſich zu den unmittelbaren ex lege gehörte. Der Kläger iſt daher als angreifender Theil, der etwas gegen den andern geltend machen will, allemal verbunden, ſeinen Vortrag, ſo weit er faktiſch iſt, in rechtliche Gewißheit zu ſetzen, ſobald der Verklagte ihn in

Ab=

Abrede ziehet, und wenn er auch bei der Verfolgung ſeines Anſpruchs Rechtsvermuthungen für ſich hat, ſo muß er doch wenigſtens die Thatſachen beibringen, worauf ſich dieſe Vermuthungen gründen. Ganz ohne allen Beweis kann er daher, wenn der Verklagte ihm nicht alles zugeſteht, nicht durchkommen, er mag übrigens dieſen Beweis kurz oder weitläufig, ganz förmlich oder mittelſt einer bloßen Beſcheinigung zu führen haben.

Dagegen verhält ſich nun die Sache bei dem Verklagten ganz anders. Dieſer kann ſeine Abſicht erreichen, und ein günſtiges Urtheil des Richters bewirken bloß darum, weil der Kläger nichts beweiſet, wenn auch gar keine Einreden vorgeſchützt, oder die vorgeſchützten nicht bewieſen werden. Von dem Beweiſe, daß man von einem beſtimmten Rechte befreit, daß dieſes nach beſondern Gründen eingeſchränkt, oder aufgehoben ſey, kann, **als nothwendig betrachtet**, nicht eher die Rede ſeyn, als bis das Recht oder die Verbindlichkeit, wogegen die Befreiung behauptet wird, gehörig begründet worden iſt (14). Ob nun gleich der Kläger ſich

(14) L. 9. C. *de except.* (VIII. 36.) Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla

ſich in ſofern in gleichem Verhältniſſe befindet, daß auch er den faktiſchen Grund der Replik im eigentlichen Verſtande (15) nicht eher als nach ſeiner Seits zugeſtandenen, oder vom Verklagten bewieſenen Einreden darzuthun hat, und daß es noch weniger dem Kläger obliegt, wenn ſeine Klage an ſich ſonſt ſchon begründet iſt, das Gegentheil von

la tibi defenſio neceſſaria eſt. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum aſſeveras, te hac tantum agi convenit. Nam ſi etiam de intentione dubitas: habita exceptionis conteſtatione, tunc demum, cum intentionem ſecundum aſſeverationem ſuam petitor probaverit, huic eſſe locum monſtrari convenit. L. 19. C. *de probat.* (IV. 19.) Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, poſtquam actor monſtraverat, quod adſeverat, oportet L. fin. C. *ad Leg. Cornel. de falſ.* (IX. 22.) verb. incumbat probatio fidei inſtrumenti ei *primitus* qui ſcripturam obtulerit: deinde ei, qui ſtricta inſtantia falſum arguere paratus ſit. Einreden, die als Prozeßverhindernd vorgeſchützt werden, machen freilich hievon eine Ausnahme, da ſie, in ſofern ihr Beweis überhaupt dem Verklagten obliegt, zu jenem Zweck ſogleich liquid ſeyn müſſen, und der Verklagte es nicht einmal zum Beweiſe des Klagegrundes kommen laſſen will.

(15) Höpfner Comment. d. Inſtitut. §. 1202.

von dem zu beweiſen, was zur Ausführung der Einreden des Verklagten gehört ([16]), wenn jener nicht freiwillig ſolchen Beweis des Gegentheils übernehmen will ([17]), ſo kann es doch, wie ein Jeder leicht ſieht, ſehr leicht ſeyn, daß der Verklagte in einem Rechtshandel durchaus von allem Beweiſe frei bleibt, wie ungewiß und beſtritten auch immerhin die Thatſachen ſeyn mögen, die er für ſich anführt, und daß gleichwohl die Sache gegen den Kläger entſchieden werden muß, wenn dieſer den Grund der Klage, den er immer, ſo weit er ſtreitig iſt, bewahrheiten muß, unerwieſen läßt. In dieſem Betrachte kann man nun wohl ſagen: dem

(16) L. 11. D. *de probat.* Non eſt neceſſe pupillo probare, fidejuſſores quum accipiebantur idoneos non fuiſſe, nam probatio exigenda eſt ab his, quorum officii fuit providere ut pupillo caveretur.

(17) L. 14. D. *de probat.* verb. Si quis autem fiducia ingenuitatis ſuae ultro in ſe ſuſcipiat probationes, ad hoc ut ſententiam ferat pro ingenuitate facientem, (hoc eſt ingenuum ſe eſſe ut pronuncietur,) an obtemperari ei debeat, tractari poteſt? Et non ab re eſſe opinor, morem ei geri probandi ſe ingenuum, et ſententiam ſecundum ſe dandam, quum nulla captio intercedat juris,

dem Kläger liegt der Regel nach der Beweis ob, nicht dem Verklagten — actoris eſt probare, non rei — und nur in der bisher angeführten Beziehung ſind die Geſetze zu erklären, welche von dieſem Grundſatze ausgehen ([18]), und ſogar das gegenſeitige Verhältniß der Parteien — petitoris et poſſeſſoris ſive rei partes — dadurch vorzüglich unterſcheiden, daß dem Kläger ordentlicher Weiſe die Laſt des Beweiſes obliegt, der Verklagte hingegen als

([18]) L. 21. D. *de probat.* Verius eſſe exiſtimo ipſum qui agit, id eſt legatarium probare oportere, ſciſſe alienam rem, vel obligatam legare defunctum; non heredem probare oportere, ignoraſſe alienam vel obligatam. *Quia ſemper neceſſitas probandi incumbit* illi qui agit. L 8. C. eod. (IV. 19.) Fruſtra veremini, ne ab eo qui lite pulſatur, probatio exigatur. L. un. C. de *prohibita ſequeſtr. pecun.* (IV. 4.). Quotiens ex quolibet contractu pecunia poſtulatur, ſequeſtrationis neceſſitas conquiescat. Oportet enim debitorem primo convinci, et ſic deinde ad ſolutionem pulſari. Quam rem non tantum juris ratio, ſed et ipſa aequitas perſuadet, ut probationes ſecum adferat, debitoremque convincat pecuniam petiturus. vergl. L. un. C. Theod. ibid. (II. 28.) ibique *Jac. Gothofred.* in comment. I. 250. etc.

als ſolcher davon frei zu achten ſey (19). Nicht, als ob der Kläger nur allein, der Verklagte aber nie beweiſen müßte, welches ja in keine Wege zu be-

(19) L. 62. D. *de judiciis* (V. 1.) Inter litigantes non aliter lis expediri poteſt, quam ſi alter petitor, alter poſſeſſor ſit: eſſe enim debet, qui onera petitoris ſuſtineat, et qui commodo poſſeſſoris fungatur. L. 8. §. 3. D *ſi ſervit. vindicet.* (VIII 5.) Sed ſi quaeritur, quis poſſeſſoris, quis petitoris partes ſuſtineat, ſciendum eſt, poſſeſſoris partes ſuſtinere, ſi quidem tigna immiſſa ſint, eum, qui ſervitutem ſibi deberi ait: ſi vero non ſunt immiſſa, eum, qui negat — L. 14. D. *de probat.* Circa eum, qui ſe ex libertinitate ingenuum dicat, referendum eſt, quis actoris partibus fungatur? Et, ſi quidem in poſſeſſione libertinitatis fuit ſine dubio ipſum oportebit ingenuitatis cauſam agere, doceteque ſe ingenuum eſſe: Sin vero in poſſeſſione ingenuitatis ſit, et libertinus eſſe dicatur (ſcilicet ejus, qui ei controverſiam movet), hoc probare debet qui eum dicit libertum ſuum: Quid enim intereſt, ſervum ſuum quis, an libertum contendat? — L. 7. §. 5. D. *de liberali cauſ.* (XL 12.) Si quis ex ſervitute in libertatem proclamat, petitoris partes ſuſtinet: ſi vero ex libertate in ſervitutem petatur, is partes actoris ſuſtinet, qui ſervum ſuum dicit. Igitur cum de hoc incertum eſt: ut poſſit judi-

behaupten iſt, oder weil überhaupt in der Eigenſchaft des Klägers der Grund liege, wonach das Subjekt des Beweiſes durchgehends zu beſtimmen ſey, welches eben ſo unrichtig ſeyn würde, ſondern weil der rechtliche Grund, welcher überhaupt die Ver-

judicium ordinem accipere hoc ante apud eum, qui de libertate cogniturus eſt, diſceptatur: utrum ex libertate in ſervitutem, aut contra, agatur? Et ſi forte apparuerit, eum, qui de libertate ſua litigat, in libertate ſine dolo malo fuiſſe: is, qui ſe dominum dicit, actoris partes ſuſtinebit, et neceſſe habebit ſervum ſuum probare. Quod ſi pronunciatum fuerit, eo tempore quo lis praeparabatur, in libertate eum non fuiſſe, aut dolo malo fuiſſe: ipſe, qui de ſua libertate litigat, debet ſe liberum probare. — L. 15. fin. D. *de novi oper. nunciat.* (XXXIX 1.) Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut jure ſuo probare neceſſe haberet: id enim eſſe, petitoris partes ſuſtinere Der Verklagte wird in Anſpruch genommen, weil er dem Kläger etwas vorenthält, ſich etwas anmaßt, was dieſer ihm nicht zugeſteht. Dies Alles wird im allgemeinen Verſtande durch poſſeſſor angedeutet, und man hat es keinesweges mit von Savigny Recht des Beſitzes §. 8 pag. 73. auf Realklagen, und das liberale judicium einzuſchränken.

Verbindlichkeit zur Beweisführung, ſo wie die Perſon des Verpflichteten feſtſetzt, auf den Kläger, als ſolchen, d. i. als angreifenden Theil, ſchon geradezu und der Regel nach immer anwendlich iſt, auf den Verklagten an ſich, und als Verklagter betrachtet, aber nicht, ſondern dann erſt, wenn er gegen ein bereits gegründetes Recht facta zu ſeiner Befreiung, um dieſe dagegen geltend zu machen, vorbringt. Kurz, wenn man überhaupt erſt weiß, und nach Rechtsgründen beſtimmt hat, wer beweiſen müſſe, ſo iſt es der Kläger, auf den dies ſogleich dadurch, daß er als ſolcher auftritt, geradezu anwendlich iſt, und bei dem es auch im gewiſſen Verſtande nach dem, was vorhin bemerkt worden iſt, immer zutrifft. Im Allgemeinen aber bleibt es bei der Regel, daß jede Partei das Fundament ihrer Anträge, wodurch ſie Rechte oder Befreiungen und Ausnahmen von erweislichen Rechten Anderer geltend zu machen ſucht, auch rechtlich beweiſen müſſe, ſie ſey übrigens Kläger oder Verklagter.

7 Dieſe Regel hat auch das Römiſche Geſetzbuch an mehr als einer Stelle beſtätiget, indem es in einer Reihe einzelner Entſcheidungen denen die Laſt des Beweiſes auflegt, welche 1) aus dem Daſeyn, oder Nichtdaſeyn eines gewiſſen Zuſtandes,

nament=

namentlich der Verwandtſchaft, Anſprüche oder beſondere Befreiungen herleiten (20). 2) Kindern, die von der väterlichen Gewalt frei ſeyn wol-

(20) L. 1. D de *probat.* Quotiens quaeretur, genus vel gentem quis haberet, necne, eum probare oportet. vergl. L. 13. C. *ibid.* (IV. 19.) Non epiſtolis neceſſitudo conſanguinitatis, ſed Natalibus vel adoptionis ſolennitate conjungitur: Nec adverſus abſentem hereditatis dividendae gratia velut contra fratrem pro ancilla petitus arbiter, ſubſtantiam perimit veritatis. Sive itaque quaſi ad ſororem quam ancillam te poſſe probare confidis, epiſtolam emiſiſti, ſive familiae erciſcundae, quaſi pro coherede petitus arbiter docetur, fraternitatis quaeſtio per haec tolli non potuit — L. 14 *ibid.* Non nudis adſeverationibus nec ementita profeſſione (licet utrique conſentiant) ſed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione ſolenni filii civili jure patri conſtituuntur. Si itaque hunc, contra quem ſupplicas, alienum eſſe (probare) confidis: per te, vel per procuratorem adfirmationem ejus falſam detege. — Das letztere Geſetz legt dem Kläger den Beweis auf, weil er ſein fundamentum agendi darin ſetzt, daß der Kläger nicht ſein Sohn ſey. Die vorhergehende Stelle fordert eben ſo den Beweis der Verwandtſchaft von dem, der ſich darin gründet.

wollen (21), 3) nach Verſchiedenheit des Beſitz- ſtandes bald denen, die ſich auf freie Geburt beru- fen, bald denen, welche Jemanden als Sklaven oder Freigelaſſenen in Anſpruch nehmen (22); 4) denen, welche den perſönlichen Zuſtand eines Menſchen, gegen ihre bisherige Anerkennung wie- der

(21) L. 8. D. *de probat.* Si filius in poteſtate patris ſi eſſe neget, Praetor cognoſcit, ut prior doceat filius: quia et pro pietate, quam patri debet (prae- ſtare), hoc ſtatuendum eſt; et quia ſe liberum eſſe quodammodo contendit: Ideo enim et qui ad liber- tatem proclamat, prior docere jubetur.

(22) cit. L. 8. D. *de probat.* L. 14. D. *ibid.* L. 7. §. fin. *de lib. cauſa.* vid. Note 19. L. 20. D. *de probat.* Si quis liberum hominem vi rapuerit, in vinculis habuerit, is indigniſſime commodum poſ- ſeſſoris conſequeretur: quia probari non poterit, hominem eo tempore, quo primum lis ordinaretur, in libertate fuiſſe. L. 15. C. *ibid.* (IV. 19). Vis ejus qui ſe dominum contendit, ad imponendum onus probandi ſervo minime prodeſt. Cum igitur aufugiſſe te de domo Severi profitearis, verum nec ab illo juſto initio: ſed per violentiam adſeveras te eſſe detentum, inquiſito prius, an in poſſeſſione libertatis ſine dolo malo conſtitutus ſis, tunc etiam onus probationis quis debeat ſubire, per hujusmodi eventum declarabitur. L. 17. C. *ibid.* Matrem tuam

der anfechten wollen (23); 5) dem Erben, welcher im Streite mit den Legatarien behauptet, daß er den Falcidiſchen Antheil nicht übrig habe (24); 6) dem, der

tuam libertatem conſecutam, ac te poſt editam, ut ingenua probari poſſis, oſtendi convenit. Quod enim fratribus tuis nulla moveatur quaeſtio, ad defenſionem tuam nihil prodeſſe poteſt.

(23) L. 15. D. *de probat.* Quidam, quaſi ex Seja ſuſceptus a Gajo ſcio, cum Gajus fratres haberet, hereditatem Gaji invaſit: et fratribus ejusdem, quaſi ex mandatu defuncti, fideicommiſſa ſolvit, cautionem accepit, qui poſtea cognito, quod filius fratris eorum non fuiſſet, quaerebant, an cum eo de hereditate fratris poſſint, propter emiſſam manum ab eis, quaſi filio agere? Modeſtinus reſpondit, cautione exſoluti fideicommiſſi ſtatum ejus, qui probari poteſt a fratribus defuncti filius (mortui) non eſſe, minime confirmatum eſſe: ſed hoc ipſum a fratribus probari debet. — Den Brüdern defuncti ſtand zwar nicht ganz entgegen, daß ſie den Gegner einmal als Brudersſohn anerkannt hätten. Cautione exſoluti fideicommiſſi, ſtatum juris confirmatum non eſſe. Aber da ſie nun doch als Kläger gegen ihn auftraten, mußten ſie den Beweis übernehmen. Beiläufig ſchon ein Beiſpiel probationis negativae, deren ſich mehrere anfinden.

(24) L. 17. D. de probat. Cum de Lege Falcidia quaeritur, heredis probatio eſt, locum habere Legem

der irgend einen Andern eines doli beſchuldigt (25); 7) dem Kläger, der die rechtlichen Folgen einer interrogationis in jure factae für ſich geltend machen will (26); 8) dem, der Entſchuldigungsurſachen wegen Verabſäumung ſeiner Pflichten anführt (27); 9) dem, der gegen eine gültige Verfügung

gem Falcidiam, quod dum probare non poteſt, merito condemnabitur. Denn er ſucht hiedurch zum Theil eine Befreiung geltend zu machen.

(25) L. 18. §. 1. D. *eod.* Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admiſſum debet.

(26) cit. L. 18. §. 2. *ibid.* Interrogationis factae probationem actori imponi debere, id eſt, ei qui in jure interrogatum dixit reſpondiſſe, ſe ſolum heredem eſſe, vel ſi tacuiſſe dicatur interrogatus, aeque tantumdem erit dicendum, impoſitam improbationem, non ei, qui excepit ſe non reſpondiſſe, ſed actori.

(27) L. 19. §. 1. D. *ibid.* Cum quis promiſiſſet, judicio ſe ſiſti, et Rei publicae cauſa abfuiſſe dicat, et ob id non ſtetiſſe, vel dolo malo adverſarii factum, quo minus ſiſteretur, vel valetudinem ſibi impedimento fuiſſe, vel tempeſtatem: probare eum id oportet. §. 2. ibid. Sed et ſi procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuiſſet adverſario dare, vel fieri procuratorem: probare id oportet objicientem exceptionem.

fügung behauptet, daß deren Urheber ſeinen Willen geändert habe (28); 10) dem, der eine Zahlung indebite geleiſtet haben will (29); 11) überhaupt dem, der einen Beſitzer wegen der Sachen, die er ſich zueignet, in Anſpruch nehmen will (30); 12)

(28) L. 12. D. *ibid.* Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.

(29) L. 25. pr. D. *ibid.* verb. eum, qui dicit indebitas ſolviſſe, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam juſtam ignorantiae cauſam indebitum ab eo ſolutum: et niſi hoc oſtenderit, nullam eum repetitionem habere.

(30) L. 2. C. *eod.* Poſſeſſiones, quas ad te pertinere dicis, more judiciorum perſequere: non enim poſſeſſori incumbit neceſſitas probandi eas ad ſe pertinere: cum te in probatione ceſſante dominium apud eum remaneat. L. 18. C. *ibid.* Cum precibus tuis ſignifices, ignorante te praedium eum, cujus meminiſti, ſibi velut a te donatum inſtrumentis inferi feciſſe: ſi vera ſunt, (quae) precibus indidiſti, nec ad nomen factae donationes fundus iſte pervenit: unde adito judice competenti, probare te oportet contra voluntatem tuam hunc fundum inſtrumento adverſarium tuum ſibi adſcribi laboraſſe: ut ſecundum tenorem reſcripti noſtri poſſis conſequi ſententiam. Vergl. jedoch L. 16. *ibid.* vid. den vorigen Aufſatz Note 17.

12) dem, der ein Teſtament als ungültig, oder den darin eingeſetzten Erben als unfähig entfernen, und ſich daher die geſetzliche Erbfolge zueignen (31), ſo auch 13) dem, der die Gültigkeit einer Emancipation anfechten will (32).

8 Bei allen dieſen Entſcheidungen liegt immer das Princip zum Grunde, daß derjenige den Beweis führen müſſe, der irgend ein Recht, was von noch ungewiſſen Thatſachen abhängt, oder irgend eine Befreiung von begründeten Rechten Anderer geltend machen will. Es würde zu einer ganz unrichtigen Anſicht der Sachen führen, wenn man in dieſen Geſetzen eben ſo viele Vorſchriften gewiſſer Rechtsvermuthungen zu finden glaubte, wie das ſchon in dem vorigen Aufſatze N. 8. u. ſ. w. näher bemerkt worden iſt. Immer wird vielmehr die Unterſuchung darauf geleitet, wer von den ſtreitenden Thei-

(31) L. 11 C. *ibid.* Si ſcriptum heredem ab amita tua, vel de teſtamenti vitio, vel quacunque alia ratione non poſſe obtinere hereditatem, probari a te poſſe confidis, de hac hereditate apud Rectorem provinciae agere potes.

(32) L. 5. §. 1. D *ibid.* Idem reſpondit, ſi quis negat emancipationem recte factam, probationem ipſum praeſtare debere.

Theilen partes actoris, und wer partes rei über- nehmen müſſe. Man ſetzt voraus, daß Niemand die erſtere Stelle übernehmen wird, ohne dazu ge- nöthigt zu ſeyn, wenn er ſich in dem Falle befindet, als Verklagter die Klage des Andern ruhig abwar- ten zu können. Indeſſen volenti non fit injuria. Will Jemand klagend auftreten, da er ſich, bis ein anderer gegen ihn klagte, hätte ruhig verhalten können, ſo mag er es (33). Sobald nur Jemand, es ſey nothgedrungen, oder freiwillig, wirklich als Kläger auftritt, ſo legt er ſich auch eben dadurch die Verbindlichkeit auf, die Thatſachen, worin ſein Antrag eben jetzt ſich gründet, zu beweiſen, und er muß dem Gegner es geſtatten, daß dieſer ſo lange, bis jener Klagegrund gehörig dargethan iſt, mit aller Beweisführung verſchont bleibe. Wendet aber der Verklagte Einreden vor, die auch die be- gründete Klage rückgängig machen ſollen, ſo wird er nunmehr nach bewieſenem Klagegrunde wirklich angreifender Theil, und daher heißt es ganz richtig: reus excipiendo fit actor; jetzt ſucht er Rechte und vermöge derſelben oder ſonſt aus rechtlichen Grün- den im eigentlichen Verſtande eine Befreiung gel- tend zu machen; dies muß er alſo gehörig begrün- den.

(33) L. 14. D. *de probat.* ſ. die vorhergehende Note 17.

den (34). Eben ſo verhält es ſich, nach bewieſenen oder zugeſtandenen Einreden, mit der Replik, und nachdem dieſe rechtlich dargethan iſt, mit der Du-

(34) L. 19. pr. D *ibid.* In exceptionibus dicendum eſt, reum partibus actoris fungi oportere: ipſumque exceptionem, velut intentionem, implere: ut puta ſi pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum eſſe. L. 12. *ibid.* Quingenta teſtamento tibi legata ſunt; idem ſcriptum eſt in codicillis poſtea ſcriptis: Refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, et oblitus, ſe in teſtamento legaſſe, id fecerit. Ab utro ergo probatio ejus rei exigenda eſt? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet, quod intendit: ſed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur. Nam ſi creditum petam, ille reſpondeat ſolutam eſſe pecuniam, ipſe hoc probare cogendus eſt. Et hic igitur, cum petitor duas ſcripturas oſtendit, heres poſteriorem inanem eſſe: ipſe heres id adprobare judici debet Vermöge dieſes Geſetzes iſt in vorkommenden Fällen vor allen Dingen wohl zu prüfen, ob die Gegenbehauptung des Verklagten, er mag ſie einkleiden, wie er wolle, zu den bloßen Beſtreitungen des Klagegrundes oder eigentlich zu den Einreden, die er dagegen vorſchützt und zu beweiſen hat, gehöre. Dies wird in der Folge bei der nähern Erläuterung unſerer Regel noch deutlicher zu zeigen ſeyn. (N. 19.)

Duplik; beides, wie man leicht ſieht, im eigentlichen Verſtande genommen.

3.

Widerlegung der Regel: Wer etwas bejahet, muß beweiſen, nicht der Verneinende.

Lange ward der Grundſatz angenommen, daß 9
der Beweis nur dem aufzulegen ſey, der einen Umſtand bejahe, nicht aber dem, der etwas verneine. Adfirmanti incumbit probatio, non neganti. Dieſe aus der Mißdeutung einiger Römiſchen Geſetze urſprünglich entſtandene Regel hat eine unglaubliche Menge Anhänger gefunden, und manche unrichtige Folgen in der Theorie und Anwendung veranlaßt. Die Irrthümer der Gloſſe verleiteten zuerſt den Pabſt, den Beweis einer Verneinung in einigen Decretalbriefen zu verwerfen. Die Gloſſatoren des Canoniſchen Rechts ſuchten durch ſonderbare Diſtinctionen inter negationes juris, facti und quantitatis die Sache etwas zu berichtigen (35). In der Folge iſt viel darüber geſchrieben und geſtritten worden. Vorzüglich haben Coc-

(35) *J. H. Böhmer* J. E. P. II. 19. 5.

Cocceji und Böhmer (36) jenen Grundſatz beſtritten, denen auch andere gefolgt ſind (37). Die neuern Lehrbücher des Prozeſſes verwerfen ihn zwar größten Theils; aber von Zeit zu Zeit kommt er doch wieder vor (38), und die Zahl ſeiner Anhänger, zumal in Gerichten, dürfte noch jetzt nicht ganz geringe ſeyn. Woher käme es auch ſonſt, daß die Advokaten häufig noch in der verneinenden Form

(36) *Henr. de Cocceji* Diſſ. de directa probatione negativae. Francof. 1698. in *Ejusd.* Exercit. curioſ. Vol. II. N. 8. pag. 134. *J. H. Böhmer* J. E. P. II. 19. 3. etc. aber auch ſchon vor ihnen *Franc. Herculanus* de probatione negativae et quis teneatur probare negativam in Tract. tractat. Tom. IV. auch beſonders Colon. 1578 u. ſ. w. 8. und Frf. 1664. 12.

(37) S. die Note 9. *Wolfg. Trier* Diſſ. de onere probandi negantibus incumbente. Frf. 1738. E. C. Weſtphal vom rechtlichen Beweiſe einer Verneinung. Halle 1783. *Müller* ad *Leyſer* Tom. III. obſ. 450.

(38) *Leyſer* med. ad Pand. ſpec. 255. med. 1. etc. *C. F. Walch* introd. in controv. jur. civ. S. 2. c. 2. §. 11. J. L. Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen u. ſ. w. §. 80. Juſt. Claproth Einleit. in d. ordentl. bürgerl. Prozeß §. 217. Gottl. Hufeland Reviſion der bekannten Streitfrage über die Beweis-

Form des Ausdrucks einen großen Schutz gegen die Laſt des Beweiſes zu finden glauben, und daß ihnen dies ſogar in manchem Unterrichte als prudentia practica empfohlen wird. Daher wird es nicht ganz überflüſſig ſeyn, die Sache hier noch etwas genauer zu prüfen.

Daß 1) **rechtlich genügende** Beweiſe einer 10
Verneinung allerdings ſowohl direkte, als auch indirekte geführt werden **können**, läßt ſich mit Grunde gar nicht beſtreiten. Das Gegentheil iſt freilich oft geſagt, aber nie bewieſen worden. Vielleicht ſchien es conſequent, ſich auch mit dem Beweiſe dieſer negativae nicht zu befaſſen.

Vor allen Dingen hätte man doch billig erwägen ſollen:

a) daß hier überhaupt und alſo auch in Beziehung auf verneinende Sätze nur von **rechtlich** genügenden Beweiſen die Rede ſey, daß es mithin nur darauf ankomme, in wiefern veritas juridica einer

weislaſt bei der negatoriſchen Klage, in deſſen Beitr. zur Berichtigung und Erweiterung der poſit. Rechtswiſſenſchaft. IV. 10. *Jul. Frid. Malblanc* princip. jur. Rom. ſec. ord. Pand. Tit. de probat. §. 594. N. 7.

einer Verneinung durch geſetzlich ſanctionirte Beweismittel auszuführen ſey. Mathematiſche Gewißheit wird ja überhaupt bei Thatſachen nicht verlangt, kann auch nicht verlangt werden.

b) Daß es hier ganz vergeblich und unnütz ſey, in der Unterſuchung über Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Beweisführung bis zu Dingen hinaufzugehen, die in Gerichten doch nicht zur Frage kommen können. Die Rechtspflege hat es immer nur mit gewiſſen Subjekten, mit individuellen Handlungen, mit Gegenſtänden, die nach Zeit, Ort, Perſonen, und andern Verhältniſſen, freilich mehr und weniger beſtimmt ſind, zu thun. Man ſollte ſich alſo um das Erweisliche oder Unerweisliche ſolcher unbeſtimmten Verneinungen, wie ſie unter andern Leyſer (39) angeführt hat, die in Gerichten doch nicht zur Frage kommen können, nicht weiter bekümmern, vielmehr dieſen Punkt ganz auf ſich beruhen laſſen (40).

c) Daß

(39) l. c. verb. Sejus Cajo *nihil* debet, Lucia ſtuprum non commiſit, Sergius fratrem injuria non adfecit. Vergl. jedoch auch *Müller* ad *Leyſer* cit. obſ. 450. und daſelbſt angef. DD.

(40) *Meier* Colleg. Argentorat. tit. de probat. §. 7. verb. Multis propoſitis caſibus vix aliquis invenitur, quo

c) Daß ein Beweis ſchwierig, ja den Umſtänden nach in gegebenen Fällen unausführbar ſeyn könne, ohne darum an ſich unmöglich zu ſeyn. Man kann jenes bei Verneinungen gern zugeben, aber dieſes läßt ſich nicht füglich behaupten.

Schon die Erfahrung müßte hier auf andere Gedanken bringen. Was iſt der Gegenbeweis in den meiſten Fällen anders, als Beweis einer Verneinung? Wird er nie mit Erfolg geführt? Wäre es dann nicht ein lächerliches Verfahren, deſſen ſich doch wohl Gerichte billig enthalten müßten, wenn man dieſen Gegenbeweis Jemanden förmlich vorbehalten, ihm auch die rechtliche Zeitfriſt deshalb vorſchreiben wollte, und gleichwohl zugeben müßte, daß er unmöglich zu führen ſey. Wo bliebe die Gewiſſensvertretung bei Eidesanträgen in ſo vielen Fällen, wenn ſie als Beweis negativae ſchon an ſich unſtatthaft wäre? Man gehe doch die einzelnen Beweis-

quo negatio non poſſit probari, niſi is, ſi negatio prorſus ſit infinita, veluti *non accepi mutuum*, quae tamen ipſa licet aliquo modo probari poſſit, confeſſione ſcilicet adverſarii, vel jurejurando, huc tamen proprie non pertinet, quia actiones humanae, ex quibus lites oriuntur certo loco, tempore, et aliis circumſtantiis limitantur.

Beweismittel, wodurch Wahrheiten vor Gericht hinlänglich begründet werden können, der Reihe nach durch; man wird nichts Widerſprechendes darin, ſondern überall die Möglichkeit finden, auch verneinende Sätze durch ſie rechtlich außer Zweifel zu ſetzen. Nicht bloß indirekte dadurch, daß eine andere Thatſache, und wenn man will, eine Bejahung bewahrheitet wird, woraus demnächſt die Verneinung durch Schlußfolge ſich herleiten läßt; z. B. daß ein Menſch, deſſen Aufenthalt zu einer gewiſſen Zeit, an einem gewiſſen Orte, erwieſen iſt, zur ſelbigen Zeit an einem andern Orte keine Handlung vorgenommen habe; ſondern auch **direkte** können Beweiſe dieſer Art Statt finden. Perſonen, die durch ihre Gegenwart bei gewiſſen Begebenheiten hinlänglich in den Stand geſetzt ſind, von allem, was vorfiel, beſtimmte Nachricht zu geben, können allerdings ein vollgültiges Zeugniß, auch zum direkten Beweiſe deſſen, daß etwas nicht geſchehen ſey, abgeben (41). Die Beweiskraft des Inhalts aller Urkunden beruhet am Ende darauf, daß entweder glaubwürdige Zeugniſſe, oder ein bündiges Geſtändniß durch ſie vorge-

(41) *Lauterbach* colleg. theor. pract. tit. de probat. §. 27.

gebracht wird. Beides kann unſtreitig auch eine Verneinung beweiſen. Wer will die Vollgültigkeit des Beweiſes, daß eine Zahlung von Jemanden nicht geſchehen ſey, beſtreiten, wenn eine Urkunde beigebracht wird, worin dieſer ſelbſt geſteht, daß er das Geld nicht bezahlt habe. Eben dies läßt ſich auch allerdings durch Zeugen ſogleich wahrnehmen, wenn von der Zahlung zu einer gewiſſen Zeit, an gewiſſen Orten und im Beiſeyn gewiſſer Perſonen die Rede iſt. Freilich können Zeugen überhaupt nichts anders beglaubigen, als wovon ſich eine Wiſſenſchaft bei ihnen annehmen läßt, ſie mögen über einen bejahenden oder verneinenden Beweisſatz vernommen werden. So wenig man alſo das Geſchehene durch Perſonen, die bei dem Vorgange nicht zugegen waren, beweiſen kann, eben ſo wenig läßt ſich auch, daß etwas nicht geſchehen ſey, durch ihre Ausſage darthun, wenn von Dingen die Rede iſt, die ohne ihr Mitwiſſen füglich geſchehen konnten. Wie mag man alſo dies noch als etwas Beſonderes bei verneinenden Sätzen anführen, und darum, weil es Fälle geben kann, wo ſie unerweislich ſind, ſchon im Allgemeinen die Möglichkeit ihres Beweiſes beſtreiten wollen? Daß A. vom B. nie Geld geliehen habe, iſt freilich wohl durch Zeugen nicht füglich zu beweiſen.

Allein der Grund davon liegt nicht ſowohl an ſich ſchon in der verneinenden Form des Satzes, als vielmehr in der Beweisart, wovon die Rede iſt, nämlich darin, weil es an Perſonen fehlt, die von allem, was zwiſchen A. und B. je verhandelt iſt, eine genaue Kenntniß hätten, und ohne deren Wiſſen dergleichen Anleihe gar nicht geſchehen ſeyn könnte. Wären ſolche Perſonen zur Hand, ſo würde die Ausführung des Beweiſes kein Bedenken leiden. Alſo iſt der Grund des Unerweislichen in Fällen dieſer Art in der That derſelbe, wie bei bejahenden Sätzen, wenn es an glaubwürdigen Perſonen fehlt, die bei dem, was geſchehen ſeyn ſoll, gegenwärtig waren, und dadurch eine Wiſſenſchaft von der Sache, worauf es ankommt, erlangten. Indeß läßt ſich doch, wenn auch Ein Beweismittel abgeht, darum noch nicht gleich der ganze Satz als völlig unerweislich betrachten. Kann daher für eine ſolche uneingeſchränkte Verneinung, wie ſie vorher angeführt worden iſt, der Zeugenbeweis in vorkommenden Fällen keine Dienſte leiſten, ſo bleibt ja doch die Eidesdelation übrig, wozu man auch bei bejahenden Sätzen ſeine Zuflucht nehmen muß, ſobald man andere Beweismittel nicht hat, oder nicht zuverläſſig findet. Hoffentlich wird gegen die Zuläſſigkeit der erſtern auch bei

ver-

verneinenden Sätzen kein Zweifel Statt finden. Leyſer (42) fand darin eine kühne Idee des Cocceji, als dieſer behauptete, daß kein verneinender — es verſteht ſich von ſelbſt, nicht ſchon erweislich falſcher — Satz an ſich die Möglichkeit des Beweiſes ausſchließe. Er führt dagegen die ſchon in der Note 39. bemerkten Beyſpiele an, welche dies ſogleich beim erſten Anblick widerlegen ſollen. — Unter dieſen Sätzen kann der zweite in ſolcher Form und ohne nähere Beſtimmung an ſich ſchon nicht füglich in Gerichten zur Frage kommen, und doch würde, ſo wie er daſteht, der Beweis für alle Fälle nicht ganz unmöglich ſeyn, da es phyſiſche Gründe geben kann, die ihn außer Zweifel ſetzen (43). Daß die übrigen in vorkommenden Fällen, ſo wie auch der Satz: Titius hat dem Sejus 100 Rthlr. nicht ausgezahlt, durch Beibringung eines gegenſeitigen Geſtändniſſes und durch Eidesdelationen bewieſen werden, und daß in allen dieſen Beiſpielen wenigſtens Wahrſcheinlichkeitsgründe ſo viel bewirken können, daß mittelſt geſetzlicher Eide der Mangel der rechtlichen Gewißheit, wie bei bejahenden

(42) Siehe die vorhergehenden Noten 38. und 39.

(43) Cap. 6. X. de frigid.

Sätzen ergänzt werde, muß einem Jeden, auch ohne weitere Erinnerung von ſelbſt ſchon einleuchten. Das bisher Geſagte mag alſo genügen, um als ausgemacht anzunehmen, daß probatio negativae directa et indirecta allerdings geführt werden könne (44).

11 Daß 2) dieſer Beweis auch wirklich von dem geführt werden müſſe, der Rechte oder Befreiungen geltend zu machen ſucht, die ſich in einer Verneinung gründen, iſt eben ſo unleugbar. Denn jeder ſtreitende Theil iſt ſchuldig, ſeine Anträge zu rechtfertigen. Sind alſo dieſe von ungewiſſen Thatſachen abhängig, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß er den Beweis der letztern, ſie mögen in Bejahungen oder Verneinungen beſtehen, führen muß, weil ſonſt ſein Antrag unbegründet iſt, folglich nicht Statt finden kann (45). Ich will mich nicht bei der Bemerkung aufhalten, zu wie vielen Chikanen es Gelegenheit geben würde, wenn man das Gegentheil annehmen müßte, da es ein leichtes iſt, bejahende Sätze in verneinende, die mit jenen

(44) Vergl. übrigens *J. H. Böhmer* J. E. P. II. 19. 9. ibiq. cit. *Cocceji*.

(45) *Böhmer* ibid. §. 10.

nen identiſch ſind, umzuſchaffen (46); noch weniger wird es nöthig ſeyn, die verſchiedenen Verſuche näher zu prüfen, welche von den Rechtsgelehrten gemacht worden ſind, um wahre und ächte Verneinungen von den ſcheinbaren zu unterſcheiden. Genug, daß die Lehre, welche dadurch aufrecht erhalten werden ſoll, an ſich keinen Grund hat, und daß die Geſetze ſelbſt in mehr als einer Vorſchrift das Gegentheil deutlich genug beſtimmt haben. Wer weiß es nicht, daß wenn condictione indebiti eine Zahlung zurückgefordert wird, der Kläger den Beweis übernehmen müſſe, daß er nichts ſchuldig geweſen ſey (47). Und ſo gibt es eine Menge ähnlicher Entſcheidungen, welche den Beweis einer Verneinung dem auflegen, der ſich darin gründet (48). Wie konnte das auch anders ſeyn, da ſo-

(46) *Leyſer* ſpec. 255. med. 4.

(47) L. 25. pr. D. de *probat.* ſ. Note 29.

(48) Dergleichen ſind ſchon einige vorgekommen; man ſehe die Noten 23. 24. 31. und 32. L. 10. D. de V. O. (XLV. 1.) Hoc jure utimur, ut ex hac ſtipulatione, ſi Lucius Titius ante Calendas Majas in Italiam non venerit, decem dare ſpondes? non ante eam diem in Italiam venire Titium non poſſe, neque veniſſe: ſive vivo, ſive mortuo id acciderit. — vergl.

ſogar bisweilen der Gegner eine Rechtsvermuthung für ſich haben kann. Aber auch hievon abgeſehen iſt es, wie geſagt, ſchon hinreichend, daß der verneinende Satz den Grund eines rechtlichen Antrags beſtimmt, um nach Anleitung der angeführten Geſetze die Verbindlichkeit zur Beweisführung daraus zu folgern. Dies gilt von beiden ſtreitenden Theilen, dem Kläger ſowohl als dem Verklagten. Auch dieſer iſt bei Behauptungen, die er ſonſt beweiſen muß, bei Einreden und Dupliken, im leigentlichen Verſtande, nicht davon frei, wenn ſie verneinend ſind (49). Man wird doch hiegegen die ſogenannte Einrede des nicht erfüllten Contrakts nicht anführen, um den erwähnten Grundſatz zu beſtreiten. Wahr iſt es, daß der Kläger, dem jenes entgegengeſetzt wird, den Beweis übernehmen muß, daß er ſeiner Seits den Contrakt erfüllt habe, aber dieſen Beweis muß er führen, nicht weil die Gegenbehauptung des Verklagten ver-

vergl. L. 5. C. de injur. (IX. 35.) L. 5. C. de Codicill. (VI. 36.) L. 13. C. de n. n. p. (IV. 30.) u. a. m. bei *Meier* Coll. Argent. Tit. de probat. §. 7. *Vigel* Digeſt. jur. civ. VII. 2. 2. de *Mezger* Diſſ. (not. 5.) cit. §. 26. etc.

(49) *Böhmer* J. E. P. II. 19. 11.

verneinend iſt, ſondern weil ſie einen bloßen Umſtand beſtreitet, der zum Klagegrund gehört, deſſen gehörige Rechtfertigung dem Kläger obliegt (50). Im Gegentheil verhält es ſich auch mit den Behauptungen in der Replik des Klägers eben ſo. Er braucht freilich nicht zu beweiſen, wenn er die Einrede des Verklagten bloß leugnet, wohl aber muß er die Replik im eigentlichen Verſtande, wenn ſie beſtritten wird, bewahrheiten, ſie mag an ſich bejahend oder verneinend ſeyn; es wäre denn, daß dadurch nur etwas abgeleugnet würde, was eigentlich zur Begründung der Einrede des Verklagten gehört, und dieſer alſo, wenn er mit ſeinem Einwande durchkommen will, rechtlich darthun muß. Wenn z. B. eine Gemeinde ihren Schuldner verklagt, dieſer zum Zweck der Compenſation eine Gegenforderung aus einer den Vorſtehern ohne förmlichen Beſchluß der Gemeinde gemachten Anleihe entgegenſetzt, und die Klägerin replicando dawider anführt, daß das Geld nicht in Angelegenheiten der Gemeinde verwandt ſey, ſo muß freilich der Verklagte den Beweis dieſer Verwendung führen, weil ſonſt ſeine Gegenforderung an die Gemeinde ſelbſt keinen Grund haben würde, nicht aber

(50) *Böhmer* ibid.

aber bloß darum, weil die Replik in einer Verneinung beſteht. Ganz anders verhält ſich die Sache, wenn der geweſene Pupill wegen einer dem Vormunde, als ſolchen, gemachten Anleihe belangt, oder aus dieſer Schuld eine Einrede gegen ihn hergenommen wird, ſo iſt die Klage oder Einrede durch die Handlung des Vormunds ſelbſt ſchon hinlänglich begründet ([51]), und es kommt alſo nur darauf an, ob der Pupill die Gegenbehauptung, daß das Geld nicht in ſeinen Angelegenheiten verwandt ſey, er mag dieſes excipiendo, oder replicando vorſchützen, gehörig beweiſen kann ([52]). Ihm iſt auch, ob gleich an ſich nichts darauf ankommt,

([51]) Nach der bekannten Regel: factum tutoris legitime geſtum eſt factum pupilli, arg. §. 9. I. *de inutil. ſtipul.* (III. 20.) L. 5. D. *de R. J.* Kein Geſetz hat auch die Gültigkeit einer ſolchen Anleihe von der Zuſtimmung der Obrigkeit abhängig gemacht, obgleich in der Fortſetzung *Hoffakers* princip. jur. civ. R. G. Tom. 3. §. 1867. das Gegentheil angenommen wird.

([52]) Der Pupill oder Minderjährige hat hier eigentlich reſtitutionem in integrum gegen einen nach ſtrengem Recht gültigen Handel zu ſuchen. *Hellfeld* jurisprud. for. §. 782., und muß daher natürlich den Beweis der Läſion führen.

kommt, in dieſem Falle der Beweis jener Verneinung beinahe leichter, wenigſtens nicht ſchwerer zu führen, als es dem andern Theile ſeyn würde, das Gegentheil darzuthun, da die Vormundſchaftsrechnungen es ergeben müſſen, in wiefern die Ausgaben des Pupillen von ſeinem übrigen Vermögen, ohne die Anleihe, zu beſtreiten waren oder nicht (53).

Da-

(53) Der angeführte *Böhmer* §. 11. und doct. de action. II. 8. 4., mit ihm auch Andere, z. B. *Wernher* ſel. obſervat VI 387. behaupten zwar das Gegentheil, daß nämlich der Gläubiger, ob er gleich mit dem Vormunde als Vormund contrahirt hatte, dennoch die wirkliche zum Beſten der Pupillen geſchehene Verwendung des Geldes beweiſen müßte, vermöge L. 3. C. *quando ex facto tutor.* (V. 39.) Si in rem minoris pecunia profecta ſit, quae curatori, vel tutori ejus nomine minoris mutuo data eſt, merito perſonalis in eundem minorem actio danda eſt, und L. 1. C. *ſi adverſ. credit.* (II. 38.) Cum et ipſe profitearis, cum Zenodora minori vingintiquinque annis (te) contraxiſſe, nec doceri potuiſſe Praetorem virum clariſſimum ex eo contractu locupletiorem (eam eſſe) factam; intelligis eam merito in integrum reſtitutam. L. 2. *ibid.* Si (ut allegas) minor annis pecuniam fenori accepiſti, nec ea in rem tuam verſa eſt, adverſus cautionem, per quam eo nomine te obligaſti, in integrum reſtitutionis auxilium

Dahingegen ward in jenem Falle, da man mit einer Gemeinde zu thun hatte, vorausgeſetzt, daß der Gläubiger mit dieſer ſelbſt, oder mit ihren Repräſentanten in einer das ganze Corpus rechtlich verbindenden Form nicht contrahirt habe. Denn wäre dieſe Form beobachtet, ſo würde die Gemeinde gegen ihren eigenen Handel den Einwand der nicht geſchehenen nützlichen Verwendung gar nicht

lium potes ſolemniter poſtulare. Allein keine dieſer Geſetzſtellen belaſtet ganz beſtimmt den Gläubiger mit einer Beweisführung, von der ihn die vorhin erwähnten allgemeinen Rechtsgründe offenbar frei erklären, und keine dieſer Stellen befreiet den Pupillen oder Minderjährigen von dem Beweiſe laeſionis, den das Reſtitutionsgeſuch ihm auflegt. Man muß nicht aus der Acht laſſen, daß der Concipient des in L. 3. C. *Quando ex facto tutor.* vorkommenden Reſkripts es nach dem Vortrage des Supplikanten wohl ſehr füglich bei der Vorausſetzung eines zum Beſten des Minderjährigen geſchehenen Gebrauchs der Anleihe bewenden laſſen konnte, ohne ſich auf andere Beſtimmungen, beſonders der Frage: Wem der Beweis hierüber obliege? einzulaſſen, welche der Antrag der Partei, in ſofern dieſe den erwähnten Gebrauch als ausgemacht oder unbeſtritten angab, ganz überflüſſig machte. Thibaut Theorie der log. Auslegung des Röm. Rechts. §. 28.

nicht vorſchützen, auch auf die den Minderjährigen wegen der Pflichtwidrigkeit des Vormunds jure ſingulari verliehene Wiedereinſetzung in den vorigen Stand keinen Anſpruch machen können, da ſie nicht ſowohl durch den von ihr ſelbſt geſchloſſenen Handel, als vielmehr durch nachherige Unordnung oder Treuloſigkeit in der Adminiſtration verletzt worden iſt; daher nur in ſolchen Fällen, wo die Anleihe von Perſonen geſchloſſen ward, die an ſich durch ihre Handlungen das Corpus im Ganzen nicht verpflichten können, der Einwand der nicht geſchehenen gemeinnützlichen Verwendung des Geldes Statt findet, aber auch dann die volle Wirkung hat, daß der Gläubiger den Beweis des Gegentheils, wobei er freilich die Perſonen, mit denen er ſich eigentlich eingelaſſen hat, und deren Erben, zu gehöriger Rechtsvertretung auffordern kann, übernehmen muß (54).

Nach

(54) L. 27. D. *de reb. credit.* (XII. 1.) Civitas mutui datione obligari poteſt, ſi ad utilitatem ejus pecuniae verſae ſunt: alioquin ipſi ſoli: qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur. Kirchen und fromme Stiftungen werden durch die Anleihen ihrer Vorſteher nicht geradezu verpflichtet. Nov. 120. cap. 6. §. 3.

12 Nach dem bisher Ausgeführten ſollte man es kaum noch erwarten, daß die Regel: **Nur dem, der etwas bejahet, nicht dem Verneinenden, liegt der Beweis auf,** obgleich ſie durch die Natur der Sache, und durch ſo viele geſetzliche Vorſchriften widerlegt wird, ſich dennoch bei den Rechtsgelehrten ſo lange im Anſehen erhalten, und ſo viele Vertheidiger finden konnte. Daß die Unmöglichkeit des Beweiſes hiezu keinen rechtsbeſtändigen Grund an die Hand gebe, iſt im Vorhergehenden augenſcheinlich gezeigt worden. Man glaubt aber deſto mehr, ſich auf verſchiedene Vorſchriften des Römiſchen und Canoniſchen Rechts berufen zu können, die wir daher nicht ganz übergehen dürfen.

Die Stellen des Römiſchen Rechts, welche zu der gedachten Regel einen Anlaß gegeben haben, L. 23. C. *de probat.* Actor, quod adſeverat, probare ſe non poſſe profitendo, reum neceſſitate monſtrandi contrarium non adſtringit: cum per rerum naturam factum negantis nulla probatio ſit, womit auch L. 10. C. de n. n. pecun. in den Worten: negantis numerationem naturali ratione nulla probatio eſt, übereinſtimmt, und L. 2. D. de probat. Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui ne-

gat,

gat, hätten wohl nicht leicht unrichtiger gedeutet werden können. Das erſte Geſetz (23. C. *de probat.*) redet zuvörderſt nicht von dem, der einen Satz bejahet, nicht vom eigentlichen adfirmante. Es entſcheidet wörtlich den Fall, da der Kläger ſelbſt zugeſtand, daß er ſeine Behauptung zu beweiſen nicht im Stande ſey, — Actor profitendo probare ſe non poſſe quod adſeverat. — Dies konnte ihn natürlich nicht berechtigen, um von dem Verklagten zu verlangen, daß dieſer das Gegentheil der Behauptung des Klägers beweiſen ſollte, — reum neceſſitate contrarium monſtrandi non adſtringit — da die Natur der Sache es ſchon mit ſich bringt, daß wenn ein Theil eine Thatſache für ſich anführt, und der andere ſolche leugnet, nicht dieſer, ſondern jener den Beweis übernehmen und führen müſſe — quum per rerum naturam factum *negantis* probatio nulla ſit (55). — Das

(55) *Meier* Colleg. Argent. tit. de probat. §. 7. verb. per rerum naturam, is, qui factum negat probare negationem ſuam non debet, L. 23. C. h. t. id eſt, ratione naturali, L. 10. C. de n. n p. quae ratio in eo conſiſtit, quod quicquid non praeſumitur, id non debet probari, ſed ejus contrarium. Jam vero factum, id eſt, affirmatio facti non praeſumitur,

Das Geſetz ſagt alſo mit keinem Worte, daß überhaupt derjenige, der einen verneinenden Satz behauptet, eben dadurch von allem Beweiſe frei ſey; noch weniger ſagt es, daß eine Verneinung ſich per rerum naturam gar nicht beweiſen laſſe. Es würde ſogar dadurch etwas Ungereimtes und ſo vielen andern geſetzlichen Vorſchriften Widerſprechendes geſagt haben (56). Nur von dem, der eine gegen ihn angeführte Thatſache beſtreitet, nicht von dem, der etwas überhaupt verneinet, ſondern von dem, der ableugnet, was gegen ihn vorgebracht wird, iſt die Rede. Von dieſem heißt es, daß ihm nach der Natur der Dinge kein Beweis obliege. Die Worte: negantis nulla eſt probatio, ſollen aber auch keineswegs andeuten, daß gar kein Beweis auf Seiten deſſen, der leugnet,

tur, ergo factum ſive affirmatio facti debet probari, non ejus contrarium, videlicet non factum, id eſt, facti negatio, atque hinc illa decantatiſſima juris regula; ei qui dicit, non qui negat, incumbit probatio L. 21. h. t. vid. infr. th. 6. in fine, id eſt is, qui intendit, non qui adverſarii intentionem negat, probare debet, et niſi ita eſſet, omnia judicia eluſoria fierent.

(56) Vergl. die vorhergeh. Note 48.

net, Statt finde oder möglich ſey. Denn wo bliebe der Gegenbeweis, wenn dies richtig wäre, und wer wollte es überhaupt dem, der leugnet, verwehren, den Beweis, wenn er es für gut fände, freiwillig zu übernehmen (57), ſondern der Ausdruck: probatio ejus eſt, vel non eſt, bezeichnet nach dem Sinn der Sprache nichts anders, als ihm kommt der Beweis zu, — er liegt ihm ob, — er muß ihn führen. Wer würde z. B. die Worte: actoris eſt probatio, anders überſetzen, als: der Kläger muß beweiſen; alſo negantis nulla eſt probatio — d. i. dem, welcher leugnet, was der andere gegen ihn behauptet, liegt der Beweis nicht ob.

Das bisher Geſagte gilt auch von L. 10. C. de n. n. p. verbis: Negantis numerationem naturali ratione probatio non eſt. Dies verſteht ſich ebenfalls nur von dem, der eine Geldzahlung als das Fundament der gegen ihn angeſtellten Klage, — oder ihm entgegengeſetzten Einrede — ableugnet, und daher vom Beweiſe frei iſt, nicht weil er einen verneinenden Satz für ſich anführt, ſondern weil er den Grund der gegenſeitigen Klage — oder Einrede — beſtreitet, den alſo der Gegner beweiſen

(57) Vergl. die Note 17.

ſen muß, ſo lange die an ihn ausgeſtellte Hand-ſchrift noch keine völlige Beweiskraft durch die geſetzlich beſtimmte Zeit erlangt hat (58).

In L. 2. D. de probat., deren ſchon vorhin erwähnt worden iſt, wird der, qui negat, dem entgegengeſetzt, qui dicit. — Dicere überhaupt gilt von Jedem, der etwas mit Worten zu erkennen gibt, es mag bejahend, oder verneinend, bloß für Jemanden geſagt, oder beſonders zur Beſtreitung der Behauptung eines andern angebracht ſeyn. Hier aber, wo der qui dicit dem qui negat entgegengeſetzt wird, läßt ſich das nicht füglich anders erklären, als daß unter dem erſtern derjenige, der etwas für ſich anbringt, unter dem andern aber der, welcher dies Anbringen als unwahr beſtreitet, zu verſtehen ſey, jenes Anbringen oder jene Behauptung mag übrigens ein bejahender oder ein verneinender Satz ſeyn. Wollte man dicere mit adfirmare hier für gleichbedeutend annehmen, ſo würde das eines Theils ſprachwidrig, und andern Theils die ganze Stelle alsdann weder vernunftmäßig, noch mit andern geſetzlichen Beſtimmungen vereinbarlich ſeyn.

(58) *J. H. Böhmer* J. E. P. II. 19. 7.

Das Canoniſche Recht kommt zwar dem erſten Anſcheine nach denen, welche den Beweis einer Verneinung Niemanden auferlegt wiſſen wollen, etwas mehr zu Statten. Es iſt nicht zu leugnen, daß in den Päbſtlichen Dekretalbriefen an verſchiedenen Stellen der Grundſatz geäußert wird, daß ein ſolcher Beweis an ſich ſchon gar nicht Statt finde, und es würde vergeblich ſeyn, dieſe Stellen durch irgend eine Erklärung mit der geſunden Vernunft völlig wieder in Einverſtändniß bringen zu wollen. Sie laſſen keineswegs, wie ſie da ſtehen, die Einſchränkung zu, daß nur derjenige, der die Wahrheit einer gegen ihn vorgekommenen Behauptung beſtreitet, von der Laſt des Beweiſes frei ſey, weil vielmehr der Gegner den Grund ſeiner Behauptung rechtfertigen muß, wie dies die Römiſchen Geſetze enthalten. Es heißt vielmehr geradezu: daß verneinende Behauptungen durchaus — per rerum naturam — nicht erwieſen werden könnten. Aber wie, und in welcher Beziehung, kommt dieſer Satz im Canoniſchen Rechte vor? Hiernach müſſen wir uns etwas näher umſehen. Denn daß er aus einer Mißdeutung des Römiſchen Rechts urſprünglich herrühre, daß er an ſich unvernünftig ſey, daß ſo manche andere geſetzliche Beſtimmungen, ſogar ſelbſt des Canoniſchen Rechts, damit

nicht würden beſtehen können, dies alles iſt theils ſchon im Vorhergehenden vorgekommen, theils wird es ſich weiter hin noch deutlicher ergeben. Zum Glück hat es der Pabſt ſo arg doch nicht gemacht, als er es freilich leicht hätte machen können, da er einmal dabei war, recht abgeſchmackte und widerſinnige Dinge zu ſagen. Zum Glück gibt er uns nur bei Gelegenheit gewiſſer Vorſchriften ſeine Einſichten in die Natur der Dinge zu vernehmen, läßt es aber dabei denn doch im Ganzen bewenden, ohne auch als Geſetzgeber mit der beſtimmten Anordnung hervorzugehen, daß nur der, welcher bejahet, nie der, von dem ein verneinender Satz behauptet wird, die Laſt der Beweisführung übernehmen müſſe. Wir haben es alſo hauptſächlich nur mit ſeinen Enunciationen, nicht mit einer allgemeinen Diſpoſition zu thun. Dies werden die einzelnen Dekretalbriefe, welche hieher gehören, jetzt näher zeigen. Gleich eine der Hauptſtellen, die man gewöhnlich anführt, um einer groben Unrichtigkeit geſetzliches Anſehen zu verſchaffen, das Cap. 11. X. de probat. (II. 19) enthält im Ganzen die an ſich ſehr vernünftige Vorſchrift, daß alles, was in gerichtlichen Angelegenheiten vorginge, von einer öffentlich dazu beſtellten Perſon, oder von zwei glaubwürdigen Zeugen dazu aufgezeichnet

werden

werden ſolle, damit ein rechtlicher Beweis darüber vorhanden ſey, und Niemand durch falſche Angaben des Richters, die er nicht widerlegen könnte, verletzt werde. Dieſe Vorſchrift, die wohl Niemand mißbilligen wird, geht nun von folgenden Gründen aus: Quoniam contra falſam adſertionem iniqui judicis innocens litigator quandoque non poteſt veram negationem probare, quum negantis factum per rerum naturam nulla eſt directa probatio, ne falſitas veritati praejudicet, aut iniquitas praevaleat aequitati, ſtatuimus etc. — Dieſe Worte enthalten alſo keineswegs eine Rechtsnorm für die Frage: wer von beiden ſtreitenden Theilen den Beweis übernehmen müſſe? überhaupt keine Vorſchrift, ſondern eine Behauptung, wodurch der Pabſt ſeine nachher folgende Vorſchrift zu rechtfertigen ſuchte, wobei er aber freilich zugleich auch documentirte, daß er von der Logik ſchlecht bedient war. **Juſt. Henn. Böhmer** hat in ſeiner Ausgabe des Corporis juris Canonici die gedachte Stelle in einer Anmerkung ſo bündig und einleuchtend gewürdigt, daß es dem Leſer nicht unangenehm ſeyn wird, dieſe hier wörtlich angeführt zu finden: Traditur hic ſimplex enunciatio logica, quam ad tramitem rectae rationis reducere nihil vetat. Videlicet propoſitio probanda eſt vel affir-

ma-

mativa vel negativa. Et directa ejus probatio dicitur, quae fieri poteſt teſtibus, inſtrumentis, vel delatione juramenti. In dictis teſtium diſtingui debet depoſitio teſtis a ratione ſcientiae, de qua tam in affirmativa, quam in negativa propoſitione, probanda, teſtis interrogandus eſt. Et ita directa dicitur probatio, in qua teſtis directo thema probandum vel affirmat vel negat. Sic thema probandum: Titia non ſuppoſuit falſum partum, tres mulieres directo reſpondent: non ſuppoſuit. Interrogatae de ratione ſcientiae reſpondent, quod parturienti manus admoverint, et puellam, de cujus ſtatu quaeratur, ex matris ventre extraxerint. Hoc caſu ratio ſcientiae adducta degenerat in propoſitionem affirmativam: ipſum teſtis dictum vero directo probat propoſitionem probandam. Praeterea cum probatio etiam per delationem juramenti fieri poſſit: nil prohibet, quo minus directo probari poſſit propoſitio haec: Titius non ſolvit debitum, contra quod oppoſuerat reus exceptionem ſolutionis, delato ſuper ea jurejurando. Et quid vetat, quo minus exceptio: non ſum nominatus in inſtrumento, productione ipſius documenti directo probari queat? Ceterum regula hic adducta eſt deſumta ex L. 23. C. de prabat. quae manifeſte prodit, reum litem negative conteſtantem ad proba-

bationem non eſſe adſtringendum: non vero innuit, negativam non poſſe nec debere directo probari, cujus probatio in judiciis quotidie ſuſcipitur, reprobatione ſuſcepta. —

In dem gleich darauf folgenden Cap. 12. X. de probat. erklärt ſich der Pabſt gegen den von ihm und ſeinen Vorgängern ſonſt begünſtigten Mißbrauch, ſich von der Beſchuldigung eines Verbrechens durch Eide, oder andere, mit Hülfe des Wunderglaubens eingeführte Mittel zu reinigen — purgatio canonica et vulgaris. — Er will diejenigen, welche eines Verbrechens rechtlich und vollſtändig bereits überwieſen ſind, mit dem Anerbieten, das Gegentheil durch **dergleichen Mittel** zu bewahrheiten, nicht gehört wiſſen. — Die Verordnung iſt daher im Weſentlichen nicht ſowohl gegen die Zuläſſigkeit probationis negativae überhaupt, als vielmehr gegen beſondere Arten der Beweismittel, welche billig zu verwerfen waren, gerichtet, wie das nicht allein die in den Eingangsworten bemerkte Veranlaſſung der Vorſchrift, ſondern auch der eigentliche Inhalt der letztern ſelbſt deutlich ergibt; volentes igitur ut haec peſtis contraria omni juri penitus exſtirpetur a clero, mandamus, quatenus in *hujusmodi* probatione negativa,

tiva, dum tamen poſſit adfirmativa ex adverſo probari, contra canonicas ſanctiones in foro eccleſiaſtico neminem audiatis. — Dieſe Vorſchrift, welche ſonſt allen Gegenbeweis ſowohl in Civilprozeſſen, als auch in Criminalfällen umwerfen, ja den Angeſchuldigten größten Theils die Vertheidigung überhaupt verſagen würde, kann wohl unſtreitig nicht weiter als in Beziehung auf die Mißbräuche, von denen ſie wörtlich redet, angewandt werden (59). — Beiläufig kommt die Sache auch in cap. 23. X de elect. (I. 6.) vor. In einem Rechtsſtreite über die Wahl eines Biſchofs, entſtand gegen die Rechtmäßigkeit des Verfahrens aus dem Mangel der Citation einige Bedenklichkeit. Der Pabſt fand dieſe an ſich dadurch, daß die Sache notoriſch war, und durch die Vermuthung eines rechtmäßigen Verfahrens, welche jeder Richter für ſich hätte, ſchon ziemlich gehoben; bemerkte aber noch überdem: es ſey ſchwerlich zu beweiſen, daß keine Citation ſämmtlicher Intereſſenten geſchehen ſey, da dieſer Beweis eine Verneinung bewahrheiten ſollte: quamvis et, quod citati non fuerint, non poſſet *de facili* comprobari, quia negantis factum per rerum naturam nulla

(59) *Böhmer* in not. ad cit. cap. 12. x. de probat.

nulla eſt directa probatio, quum etſi quilibet de ſe poſſit aſſerere, quod ad eum citatio minime perveniſſet, ſinguli tamen veſtrum eſſent in ſuo teſtimonio ſingulares. Wie die Verneinung auszuführen ſey, muß am Ende doch wohl dem überlaſſen werden, der ſich darauf beruft, und der ſie zu bewahrheiten hat. Es iſt ſeine Sache, ob er *de facili*, wie es hier heißt, damit durchkomme oder nicht. So viel bleibt gewiß, daß die ganze Bemerkung des Pabſtes bei der Frage: wem der Beweis obliege, gar nicht in Betrachtung kommen kann. — Ganz unſtreitig gilt dies auch von dem cap. 1. De confeſſis in 6to (II. 9.): Statuimus, ut poſitiones negativas, *quae probari non poſſunt, niſi per confeſſionem adverſarii*, judices admittere poſſint, ſi aequitate ſuadente, viderint expedire; imgleichen von dem cap. 3. X. de cauſa poſſeſſ. et propriet. (II. 12.) wo in Anſehung eines ſtreitigen Wahlrechts den Ausſagen der Zeugen kein Gewicht zugeſtanden wird, quod *negativam quodammodo adſtruere ſatagebant*, probare volentes jus electionis ita ad vos ſpectare, quod ad adverſarios *minime* pertineret; per teſtes vero adverſae partis fuit ſufficienter oſtenſum, quod in trium epiſcoporum electionibus, de quibus praemiſſum eſt, clerici praeſentes adfuerint, et vocem habuerint ele-

elegendi etc. — Beiläufig lenkt der heilige Vater auch einmal wieder ein, und läßt ſich über den Rechtsſtreit wegen eines geiſtlichen beneficii und die Replik des Klägers, daß die ihm entgegengeſetzte Entſagung ſeines Rechts nicht freiwillig geſchehen ſey, folgendergeſtalt vernehmen: Porro licet negantis factum per rerum naturam nulla ſit probatio, ejus tamen qui ſpontaneam renunciationem negat, quum implicite et quodammodo replicando inficietur ſuper adſertione ſua habito ad dignitatem et perſonam reſpectu, probationes credimus admittendas.

Nimmt man nun den Inhalt aller dieſer Vorſchriften zuſammen, ſo ergibt ſich im Ganzen darüber unſtreitig folgendes: 1) Genau betrachtet wird in den Päbſtlichen Verordnungen nur ſo viel ausgeſagt, daß der directe Beweis einer Verneinung nicht ausführbar ſey. Nun, wer ſeinen Satz nicht directe beweiſen kann, der mag ſein Heil indirecte verſuchen. In der That aber hat dergleichen Urtheil über das, was an ſich möglich oder nicht möglich ſey, darum, weil es in den Geſetzen vorkommt, noch nicht gleich eine geſetzliche Gültigkeit, und hier um ſo weniger, da es augenſcheinlich falſch, und einer ſichtlichen Mißdeutung

des Römiſchen Rechts zuzuſchreiben iſt ([60]). 2) Daraus, daß der Beweis einer Verneinung für unmöglich angenommen wird, kann doch immer nur ſo viel folgen, daß Niemand ſein Klagerecht oder ſeine Einreden in negativa gründen müſſe, weil er ſie doch nicht würde beweiſen können. Daß aber darum der andere Theil den Beweis des Gegentheils führen müſſe, weil man einen unerweislichen Satz wider ihn anführt, dazu wäre doch gar kein Grund vorhanden. Verfolge ich ein Recht, oder ſchütze ich eine Einrede vor, und kann weder jenes, noch dieſe beweiſen, ſo muß ich erwarten, ob der Gegner mir meine Behauptung zugeſteht, wo nicht, ſo muß ich beides als unerweislich aufgeben. So würde es ſich alſo mit den gerichtlichen Anträgen verhalten, die ſich in negativa gründen, wenn der Grundſatz, daß ein Beweis derſelben nicht Statt finde, wahr und richtig wäre, oder bei ſeiner ſichtlichen Falſchheit dennoch als ſolcher durchaus angenommen werden müßte.

Noch

([60]) *Böhmer* J. E. P. II. 19. 6. verb. nec quae ab omni ratione aliena ſunt praeſcribere poteſt, quid enim ſi negaret bis duo eſſe quatuor, an in ſancien- dum cum jure canonico? vergl. §. 9. ibid.

Noch weniger kann die bloße Schwierigkeit eines ſolchen Beweiſes einen rechtlichen Grund an die Hand geben, dem Gegner die Laſt deſſelben aufzubürden, wie es Leyſer (61) behaupten wollte. Dies würde deſto ungerechter ſeyn, da auch der Beweis einer Bejahung den Umſtänden nach mit großen Schwierigkeiten verknüpft ſeyn kann, darum aber doch wohl Niemand den Gegner zur Beweisführung verpflichten wird. (N. 5.) 3) Die Päbſtlichen Verordnungen ſagen auch mit keinem Worte davon, daß vermöge der vorausgeſetzten Unerweislichkeit einer Verneinung, **dem Gegner, weil deſſen Behauptung bejahend iſt, die Laſt des Beweiſes aufzubürden ſey.** Im Gegentheil

(61) Medit. ad Pand. 255. 3. verb. final. Quod ad alterum fateor, nonnunquam negativam ita eſſe comparatam, ut de ejus probatione non ſit prorſus deſperandum. At inde non conſequitur, negantem tunc ad probandum obligari. Etiamſi probatio negativae aliquando poſſibilis ſit, difficilis eſt tamen ſemper, et adverſarius qui adfirmat, affirmativam ſuam longe facilius probabit, quemadmodum vel ex illo, quod memoravi, exemplo adparet. Nihilominus itaque affirmanti probationem imponi oportet. Huc pertinet c 23. x. *de elect.* Daß dieſe Stelle hiefür nichts entſcheide, iſt vorhin ſchon gezeigt werden.

theil iſt das Ganze ihrer Vorſchriften nur dahin gerichtet, daß der, welcher eine Verneinung für ſich anführt, und durchſetzen will, keine Chikane anwenden ſoll. Anſtatt ihn zu begünſtigen, und ihn mit Beläſtigung des Gegners vom Beweiſe zu befreien, wird vielmehr gegen ihn verordnet, daß er auch mit dem Verſuche eines Beweiſes, den der Pabſt einmal für unausführbar hält, nicht zu hören ſey. Meiſtens iſt auch in den angeführten Verordnungen von ſolchen Fällen die Rede, wo ſchon rechtlich genügende Beweiſe gegen den Verneinenden vorhanden waren. Dagegen wird ſein Antrag, daß er mit Beweiſen des Gegentheils zugelaſſen werden möge, aus dem Grunde der Unmöglichkeit überhaupt, und beſonders auch mit Beziehung auf die von ihm gewählte Art der Beweismittel verworfen. Jener Grund taugt nun freilich nicht, und man hat daher kein Bedenken gefunden, ihn ſelbſt in den Verhältniſſen, wovon das Päbſtliche Recht doch ausdrücklich handelt, aus der Acht zu laſſen, da bekanntlich in Civil- und Criminalprozeſſen der Gegenbeweis Niemanden, der ihn zu führen ſich getrauet, verſagt wird. Deſto weniger aber läßt es ſich vertheidigen, wenn auf den gedachten an ſich falſchen Grund, über den man ſich in der Leitung des gerichtlichen Ver-

fahrens längſt hinweg geſetzt hat, eine Regel der Beweisführung angenommen wird, die das Canoniſche Recht ſelbſt nicht vorgeſchrieben hat, und wenn man die Verordnungen deſſelben, nachdem man ihnen in den Fällen, wovon ſie eigentlich reden, die Anwendbarkeit verſagt hat, nun doch zur Beläſtigung des andern Theils in einer Ausdehnung anwenden will, die theils der Natur der Sache, theils mehrern beſtimmten Vorſchriften des Civilrechts unſtreitig entgegen iſt.

Iſt nun der berühmte Satz: adfirmanti, non neganti, incumbit probatio, als Regel betrachtet, an ſich falſch und ganz ungeſetzlich, ja vielmehr geſetzwidrig, ſo bedarf es auch aller der Deutungen nicht, die man von Zeit zu Zeit herbeigeholt hat, um die Sache einigermaßen mit der Vernunft und den Vorſchriften der Geſetze wieder zu vereinigen. Schon die Gloſſatoren verfielen hiebei auf allerhand Diſtinctionen, deren im Allgemeinen bereits vorhin gedacht worden iſt. Sie unterſchieden und nahmen von jener Regel aus: a) negativam *juris*, wodurch der Rechtsbeſtand einer Handlung beſtritten würde, z. B. wenn Jemand behauptete, daß ein Teſtament nicht gehörig errichtet, eine Wahl

nicht

nicht rechtmäßig geſchehen ſey (62); b) negativam *qualitatis*; wenn gewöhnliche Eigenſchaften der Perſonen oder Sachen beſtritten würden (63); c) negativam facti *definiti*, z. B. daß etwas zu einer gewiſſen Zeit, bei einer gewiſſen Gelegenheit u. ſ. w. nicht geſchehen ſey, welches zumal indirecte dargethan werden könne. Dieſem ward negativa facti *indefiniti* d. i. daß etwas überhaupt nicht geſchehen ſey, als an ſich ganz unerweislich entgegengeſetzt; d) negativam *praegnantem*, welche in der That eine Bejahung in ſich ſchließe, z. B. wenn Jemand die freiwillige Verzichtleiſtung auf ein gewiſſes Recht ableugne, welches im Grunde nichts anders ſey, als die bejahende Behauptung, daß er durch Furcht und Zwang dazu genöthigt worden ſey (64). Dieſe Diſtinctionen haben ſich auch lange in den Schriften der Rechtsgelehrten wörtlich erhalten, wie die Pandekten-Commentare des **Voet**, **Lauterbach**, **Meier** u. a. m. tit. de probat. beweiſen.

Die

(62) L. 5. §. 1. D. *de probat.* (Note 32)

(63) L. 3. C. eod.

(64) cap. 5. x. *de renunciat* (I. 9.) *Böhmer* J. E. P. II. 19. 5.

15 Die neuern Rechtsgelehrten haben zum Theil andere, in der Sache ſelbſt aber doch ähnliche Verſuche gemacht, oder ſich mancher gezwungenen Erklärung bedient, je nachdem ſie entweder jene Regel, daß der verneinende Theil nicht ſchuldig ſey, zu beweiſen, als gültig anerkannten, oder doch derſelben nicht völlig ausweichen zu können glaubten. Hellfeld (65) behält den Satz: adfirmanti incumbit probatio bei, gibt aber folgende Erklärung an: Pro adfirmante vero habetur is, qui factum quoddam dubium pro ſe contra alterum in judicio allegat. Qui facto contra ſe allegato contradicit, negare dicitur, et recte ſe habet JCtorum regula: Affirmanti, non neganti, incumbit probatio. Juris vero praeſumtio affirmantem liberat ab onere probandi. Nach dieſer Deutung würde adfirmare nicht bloß das eigentliche Bejahen, ſondern jede Behauptung überhaupt, mithin auch die an ſich verneinende, unter ſich begreifen. Hiegegen wäre nun freilich nach dem Sprachgebrauche überhaupt nichts mehr zu erinnern (66), wiewohl die Rechtsgelehrten den Ausdruck mehr in jener engern Bedeutung

(65) Jurisprud. forenſ. §. 1153.

(66) *Geſner* theſaur. erudit. et ling. Rom. art. *affirmare*.

tung zu nehmen pflegen. Die Regel ſelbſt würde alſo einen ganz andern Sinn erhalten, als derjenige iſt, den die Vertheidiger derſelben damit verbinden, und ſich ſelbſt der Wahrheit mehr nähern, freilich aber als Regel für die Beſtimmung der Verbindlichkeit zu beweiſen, überhaupt nicht ganz erſchöpfend ſeyn, da dieſe Verbindlichkeit nicht immer von dem **Anführen** eines **Umſtands**, ſondern davon abhängt, ob eine beſtrittene oder zweifelhafte Thatſache zur Begründung eines Antrags gehört, geſetzt auch, daß er von dem, der den Antrag macht, nicht angeführt worden ſey. Allein aus einer andern Behauptung des erwähnten Rechtslehrers (67) erhellet ſogar, daß er jener Regel, auch in ihrem gewöhnlichen Sinne, nicht abgeneigt geweſen ſey. Er tritt in der bekannten Controverſe über die Beweisführung bei der Negatorienklage denen, welche dem Verklagten die Laſt des Beweiſes auflegen, aus dem Grunde bei, weil der Kläger ſich in negativa gründete. Schmidt vertheidigt die Befreiung vom Beweiſe eines verneinenden Satzes gleichfalls, und ſucht nur durch eine nähere Beſtimmung wahrer Verneinungen den Mißbräuchen und der unrichtigen Anwendung jener Regel

(67) §. 687. ibid.

Regel zuvorzukommen. „Der Kläger, ſagt er, „hat alle auf den Klagegrund ſich beziehenden, von ihm bejahten Thatumſtände, welche in die Entſcheidung der Sache einen Einfluß haben, insbeſondre welche zu des Beklagten Verurtheilung dienlich ſind, und von dieſem geleugnet werden, darzuthun — Was im Gegentheil der Kläger nicht **bejahet**, ſondern vielmehr **verneinet**, das braucht er nicht zu beweiſen, wenn es nur in einer wahren, nicht aber bloß ſcheinbaren Verneinung beſteht, und er überdem dabei keine rechtliche Vermuthung wider ſich hat. Eine **wahre Verneinung** iſt, wodurch mit den Worten den Gedanken nach etwas, daß es nicht geſchehen, oder nicht ſey, zu erkennen gegeben wird. Eine bloß **ſcheinbare Verneinung** aber iſt, wodurch nur nach dem bildlichen Ausdruck der Worte, nicht aber den Gedanken nach, daß etwas nicht geſchehen oder nicht ſey, angedeutet wird, wo alſo unter den Worten vielmehr eine wahre Bejahung verborgen liegt, die er mithin zu beweiſen hat. Der Richter muß daher alle Vorſicht bei Auflegung des Beweiſes anwenden, daß er einen in der That bejahenden Satz nicht etwa verneinend abfaſſe“ (68). Bei dem Be-

(68) Lehrb. v. gerichtl. Klagen u. ſ. w. §. 80. a. b.

Beweiſe der Einreden wird natürlich eben ſo unterſchieden. Die Regel iſt auch hier: „daß Verklagter alle auf den Grund ſeiner Einrede ſich beziehenden, von ihm **bejahten** Thatumſtände, welche auf die Entſcheidung Einfluß haben, und vom Kläger nicht eingeſtanden worden, beweiſen muß; hingegen, was er nicht bejahet, ſondern vielmehr **verneinet**, das braucht er, falls er keine Vermuthung wider ſich hat, nicht zu beweiſen, voraus geſetzt, daß es eine **wahre verneinende Einrede** ſey, d. i. den Gedanken, nicht bloß den Worten nach, welche ſogar äußerlich das Gepräge einer Bejahung haben können; z. B. die Einrede, Kläger habe ſich an der Geſetzfriſt verſäumt, iſt verneinend; denn ſie bedeutet, er habe ſeine Obliegenheit nicht beobachtet; Kläger muß alſo darthun, daß er binnen der Zeit ſeiner Obliegenheit gemäß gehandelt habe. Hingegen eine bloß **ſcheinbar**, d. i. den Worten, nicht den Gedanken nach, verneinende Einrede, exceptio negativa praegnans, ſ. implicite adfirmans, wo in der That eine wahre **Bejahung** vorhanden iſt, muß vom Beklagten erwieſen werden. Z. B. die Einrede, Kläger oder deſſen Gut ſey nicht frei, beſteht in der Bejahung einer Dienſtbarkeit; ferner die Einrede, Kläger ſey nicht abweſend geweſen, enthält den Gedanken

nach die Bejahung, Kläger iſt gegenwärtig geweſen, imgleichen der Ausdruck, die Sache iſt ohne alles mein Verſchulden nicht mehr vorhanden, bedeutet, die Sache iſt verunglückt, ſo auch der Vorwand, die Sache iſt nicht unwahr, zeigt an, ſie iſt wahr; denn eine doppelte Verneinung iſt eine Bejahung, ſo wie, wenn der Beklagte leugnet, daß er die Schuld nicht bezahlt habe. Will demnach der Beklagte den Beweis einer wahren bejahenden Einrede von ſich ablehnen, ſo muß eine für ihn ſtreitende Vermuthung vorhanden ſeyn" (69). — Da aber verneinende Sätze ſich überhaupt leicht in bejahende, und dieſe wieder in jene umkehren laſſen, ſo ſieht ein Jeder, alles Andere bei Seite geſetzt, ſehr bald ein, wie wenig dies Alles hinreichen würde, um nach dem Zwecke des angeführten Verfaſſers eine ſichere Norm in vorkommenden Fällen zu haben.

Die Erklärung, welche hier von der wahren und ſcheinbaren Verneinung gegeben wird, erfüllt dieſen Zweck lange noch nicht. Denn es iſt gut genug, zu ſagen, daß eine wahre Verneinung es den Gedanken, nicht bloß den Worten nach, ſeyn müſſe, und man ſieht wohl, daß der Verfaſſer auf den In-

(69) Ebendaſ. §. 132.

Inhalt des Satzes, nicht bloß auf die logiſche Form will geſehen wiſſen, wonach ein Satz bejahend oder verneinend iſt, nachdem er das Subjekt mit dem Prädikat verbindet, oder dieſes von jenem trennt. Daß das letztere hier gar nicht in Betrachtung kommen könne, hat freilich ſeine Richtigkeit, da nichts leichter iſt, als einen bejahenden Satz durch Umtauſchung ſeines Prädikats mit einem entgegenſtehenden in eine ganz identiſche Verneinung, und dieſe eben ſo in eine gleichbedeutende Bejahung willkührlich umzuſchaffen. Ob man ſagt, daß eine Perſon noch minderjährig, oder daß ſie nicht großjährig ſey, iſt dem Inhalte nach eins und daſſelbe, obgleich der Form nach jenes bejahend und dieſes verneinend iſt. Woran erkennt man es aber, was dieſe Sätze an ſich betrachtet und ihrem Inhalte, oder wie **Schmidt** ſagt, den Gedanken nach, eigentlich ſind: Das wollen wir eben wiſſen, und darüber gibt er uns keine nähere Auskunft. Von jener bejahenden Form kann man ſagen, daß eine Verneinung, und von der verneinenden, daß eine Bejahung dabei zum Grunde liege. Dies bringt alſo die Sache nicht aufs Reine. Ein neuerer Schriftſteller C. C. G. **Schneider** (70), welcher die Lehre, daß Vernei-

(70) Vollſtändige Lehre vom Beweiſe, §. 15. u. ſ. w.

nungen der Regel nach nicht bewieſen werden dürfen, gleichfalls vertheidigt, glaubt ein zuverläſſiges Realkriterium des Bejahens und Verneinens angeben zu können, welches auf den Begriffen von **Bleiben** und **Veränderwerden** beruhe. „Der Satz nämlich, der die erfolgte **Veränderung** eines gewiſſen, als bekannt angenommenen urſprünglichen Zuſtandes ausdrückt, iſt ein **bejahender**, und derjenige, welcher die **Fortdauer** dieſes Zuſtandes ausdrückt, iſt ein **verneinender** Satz. Wenn ich alſo ſage, A. **lebt noch**, ſo iſt mein Satz **realverneinend**, eben ſo gut, als wenn ich ſagte, A **iſt nicht geſtorben**. Und wer dagegen behauptet, **daß A. nicht mehr am Leben ſey**, der drückt die durch ſeinen Tod erfolgte **Veränderung** des urſprünglichen Zuſtandes **realbejahend** aus. Wenn der Gläubiger zu ſeinem Schuldner ſagt: du biſt mir das erhaltene Darlehn noch ſchuldig, und dieſer darauf antwortet, Ich bin dir nichts mehr ſchuldig, ſo drückt ſich nach dem Formalbegriffe, Jener bejahend, und Dieſer verneinend aus. Nach dem Realbegriffe aber verhält ſichs umgekehrt: denn Jener behauptet den **fortdauernden**, Dieſer aber den, durch die geſchehene Tilgung, **veränderten** Zuſtand.“ Ganz einleuchtend, richtig und befriedigend iſt dies aber nicht.

Denn

Denn Erſtlich iſt doch das Weſentliche aller Bejahung und der Verneinung darin zu ſetzen, daß erſtere ein gewiſſes Seyn, oder die Verbindung eines Prädikats mit dem Subjekte, letztere ein gewiſſes Nichtſeyn, oder die Nichtverbindung des Prädikats mit dem Subjekte andeuten. Dies verkennt auch der angeführte Schriftſteller an ſich nicht. Nun iſt aber nicht abzuſehen, warum der Satz: A. lebt, oder **lebt noch**, da er doch offenbar ein Seyn oder ein noch fortgeſetztes Seyn ausdrückt, und ſo auch jeder andere Satz, der ein Bleiben oder fortgeſetztes Seyn andeu.et, nicht als bejahend müßte angeſehen werden. **Zweitens** würde das von dem Verfaſſer angegebene Realkriterium keineswegs erſchöpfend ſeyn, um danach die Qualität aller und jeder in den Gerichten vorkommenden Thatſätze richtig beſtimmen zu können. Wahr iſt es, daß Handlungen, wodurch etwas unternommen wird, und Begebenheiten, wodurch etwas geſchieht, allemal in einer Veränderung beſtehen, und daß die Behauptung einer ſolchen Veränderung bejahend ſey. Allein nicht immer iſt in den Sätzen, bei denen die Frage vom Beweiſe vorkommt, von Handlungen und eigentlichen Begebenheiten, oder deren Unterbleiben, ſondern oft auch von Eigenſchaften und Verhältniſſen — id

quod

quod facti eſt — die Rede. Hiefür gibt jenes Realkriterium nichts weniger als eine zuverläſſige Auskunft. Wenn behauptet wird, daß Jemand ein Sklave ſey, daß das gekaufte Haus oder Pferd dieſen oder jenen Fehler habe, daß dieſer Fehler dem Käufer bekannt, oder doch ein offenbarer Fehler geweſen ſey, ſollen nun dieſe Sätze nach jener Vorſtellung realbejahend oder verneinend ſeyn. Erſteres würden ſie nicht ſeyn, da ſie nicht gerade die Veränderung eines bisherigen Zuſtandes ausdrücken; aber auch das letztere, nämlich verneinend in ſo fern nicht, als der Satz ſich nur auf das vorkommende Vorhandenſeyn, nicht auf das Bleiben oder Fortdauern eines gewiſſen als bekannt angenommenen urſprünglichen Zuſtandes im Gegenſatz einer nicht eingetretenen Veränderung deſſelben, beziehet. Die Frage iſt, ob Jemand frei oder leibeigen ſey, nicht ob er urſprünglich das eine geweſen, und nachher erſt das andere geworden, oder jenes geblieben ſey.

Drittens. Es kann nicht fehlen, daß die von dem Verfaſſer als Hauptgrundſatz angenommene Regel: Neganti non incumbit probatio, nach jenem Realkriterium beurtheilt, in der Anwendung noch weniger mit den Geſetzen übereinſtimmen würde, indem vermöge deſſelben noch manche Sätze

in das Gebiet der Verneinungen gerathen, die man ſonſt doch unſtreitig noch als bejahende hat gelten laſſen. Die ganze Sache wird wenigſtens dadurch immer noch ſchwankender, als ſie es an ſich ſchon iſt. Wenn der Inhaber einer, auf die Lebenszeit eines **Dritten**, verſicherten Leibrente die Auszahlung verlangt, ſo gründet er ſich in der Thatſache, daß dieſer Dritte noch am Leben ſey, mithin nach des Verfaſſers Vorſtellung in einer Verneinung, der Beklagte hingegen, der jene Thatſache, nämlich die Lebensfortdauer des Dritten, beſtreitet, würde ſich in der Bejahung einer entgegenſtehenden Naturbegebenheit gründen. Die Frage iſt alſo, wer den Beweis zu führen übernehmen müſſe? Der Verfaſſer berührt dieſe Frage, erklärt ſich aber da, wo er ſie aufwirft (71), nicht beſtimmt darüber. Nach den vorhin vorgetragenen Grundſätzen aber (72) muß man wohl annehmen, daß er dem Beklagten wohl den Beweis, der Abweſende ſey geſtorben, auferlegt haben wolle. Dieſem aber ſteht unſtreitig entgegen, daß das Leben eines Menſchen, ſo wie der Tod, res facti iſt, und folglich das eine ſo gut, wie das andere, von dem erwieſen werden muß, deſſen Antrag ſich in jenem, oder

(71) S. 422.

(72) §. 26. S. 16.

oder in dieſem gründet. Indem nun der Verklagte das Leben des abweſenden Dritten beſtreitet, ſo wird dem Kläger offenbar ein Umſtand abgeleugnet, deſſen Wahrheit weſentlich bei der Leibrentenforderung, als eine Bedingung, ohne welche dieſe nicht Statt findet, vorausgeſetzt wird, und hieraus folgt von ſelbſt, daß der Kläger den abgeleugneten Klagegrund — von dieſer Seite und nicht bloß als Einrede des Verklagten muß die Gegenbehauptung des Letztern betrachtet werden — zu beweiſen ſchuldig ſey. Daß ihn eine rechtliche Vermuthung des Lebens von dieſem Beweiſe befreie, dafür gibt es keine geſetzliche Vorſchrift, und was der Gerichtsgebrauch in andern Rückſichten bei der Erbfolge zu beobachten pflegt, ſteht hier ganz außer Anwendung.

Vielleicht würde man, wenn es darauf ankäme, die wahre und ſcheinbare, oder die Realverneinung von der bloß formalen zu unterſcheiden, die Sache ganz einfach dahin beſtimmen können, daß Sätze, die, in welcher Form ſie auch vorkommen mögen, doch eigentlich nur durch die Vorſtellung eines gewiſſen Nichtſeyns, oder der Aufhebung des Geſetzten erkennbar ſind, als an ſich und dem Inhalte nach verneinend zu betrachten

ſind,

ſind, dahingegen diejenigen, welche zwar in verneinender Form ausgedrückt werden, aber darum doch eigentlich durch die Vorſtellung eines Seyns, oder durch das Setzen einer Sache erkennbar ſind, nur bloß der Form nach als verneinend gelten können. Z. B. die Sätze, das Haus oder Gut iſt frei, das Geld iſt nicht bezahlt, ſind an ſich verneinend, da auch jener nicht anders, als durch die Verneinung, daß keine Laſten auf der Sache haften, näher beſtimmbar iſt; hingegen die Sätze, das Haus iſt nicht frey, Cajus iſt nicht minderjährig, würden nur der Form nach verneinend, an ſich aber und dem Inhalte nach bejahend seyn, weil ſie nur durch die Bejahungen erklärbar ſind, daß das Haus mit Laſten beſchwert iſt, daß Cajus ſchon über 25 Jahre alt iſt. Allein in der That kommt auf alles Dieſes bei der Frage, wovon hier die Rede iſt, eigentlich gar nichts an, da die ganze Regel, worauf es ſich bezieht, an ſich ſchon aus unleugbaren Gründen falſch iſt, und verneinende Sätze ſo gut als bejahende von dem erwieſen werden müſſen, deſſen gerichtlicher Antrag darauf beruhet.

Die Rechtshändel werden mithin allemal aus 16 einem ganz falſchen Geſichtspunkte beurtheilt, wenn

die

die Urtheilsfaſſer bei der Feſtſetzung des ſtatus controverſiae und bei der Abfaſſung des Beweisinterlocuts nicht von der gehörigen Prüfung, was eigentlich in jure et facto zur Begründung der vorkommenden gegenſeitigen Anträge weſentlich vorausgeſetzt wird, ausgehen, ſondern ſtatt deſſen ſich durch die Vorträge der Parteien und ihrer Rechtsfreunde verleiten laſſen, in die armſelige Wortklauberei über die Qualität der Sätze hineinzugehen, und den Bejahungen nachzuſpüren, um dem, der dieſe behauptet, mit der Laſt des Beweiſes anzudienen, und die Verneinungen dagegen in Schutz zu nehmen.

Leyſer (73) erzählt folgende Fälle, die als Beiſpiele zur nähern Erläuterung dienen mögen. Ein Kaufmann gab vor, daß er der Poſt eine Geldſumme, die nach **Nürnberg** beſtimmt geweſen ſey, übergeben habe, daß das Geld aber weder in die Poſtcharte eingetragen, noch in Nürnberg angekommen ſey. Er verlangte alſo von dem Poſtmeiſter, dem er es eingehändigt haben wollte, den Erſatz des Geldes. Der Beklagte leugnete in ſeiner Antwort die erwähnten Thatſachen insgeſammt;

(73) Med. ad Pand. 255. m. 3. 4. vergl. *Müller* ad eund. Tom. III. obſ. 450. pag. 67.

ſammt; und Kläger ward ſchuldig erkannt, dieſe zu beweiſen. Er ſuchte zwar dagegen auszuführen, daß er mit dem Beweiſe bloßer Verneinungen, wie ſie in der Klage vorkämen, nicht zu beläſtigen ſey. Allein die Fakultät zu Wittenberg beſtätigte den vorigen Ausſpruch, theils weil der Klagevortrag ſich in Verneinungen gründete, theils weil dieſe hier auch leicht durch die Abhörung deſſen, an den das Geld hätte gelangen ſollen, und mittelſt der Poſtcharte, die der Beklagte auf des Klägers Verlangen ediren müſſe, zu beweiſen wären. **Leyſer** ſelbſt war ganz anderer Meinung, und fand beide Entſcheidungsgründe höchſt unzutreffend. Wahr iſt es, was den erſten betrifft, daß, wenn doch ein Mal der Satz: neganti non incumbit probatio, in der gewöhnlichen Bedeutung, als Regel angenommen wird, alsdann die Ausnahme: niſi quis in negativa ſe fundet, etwas ſonderbar ausfällt; und **Leyſer** hatte in ſofern ganz recht, wenn er dagegen vorher erinnerte, daß dies eben ſo viel ſey, als behaupten, daß der Verneinende immer beweiſen müſſe, da von dem Beweiſe eines Satzes überhaupt nur dann die Rede ſeyn könnte, wenn ſich ein gerichtlicher Antrag darauf gründete, mithin eine Ausnahme, welche die ganze Regel an ſich ſchon aufhöbe, nicht anzunehmen

ſey.

ſey. Den zweiten Grund verwarf er darum, weil es, um von jener Regel abzuweichen, nicht genügte, daß der Beweis einer Verneinung in irgend einem Falle wohl ein Mal möglich wäre, da doch die entgegengeſetzte Bejahung ſich wenigſtens immer leichter beweiſen ließe. In dieſem Einwurfe wird man aber nicht füglich dem Leyſer beipflichten können, wenn man anders zugeben muß, daß die Auflegung des Beweiſes nach Rechtsgründen, nicht aber nach der größern oder geringern Schwierigkeit, ihn zu führen, beſtimmt werden müſſe. Indeß war vielleicht in einem andern Betrachte dem Kläger doch zu nahe geſchehen. Nicht weil man ihm negativam zu beweiſen aufgebürdet hatte, denn darauf würde nichts ankommen, ſondern weil man über ſeinen Klagegrund hinausgegangen, und ihm mehr zu beweiſen auferlegt war, als dieſer ſelbſt eigentlich vorausſetzte. Mehr, als daß er die Gelder dem Poſtmeiſter übergeben habe, war nicht nöthig, um den Verklagten, wegen ſeiner Verbindlichkeit, das Empfangene nach dem beſtimmten Ort, ſo weit es ihm oblag (74), zu beför-

(74) d. i. zur nächſten Station. — Eine andere Meinung Leyſers ſpec. 66. med. 6. von der Verpflichtung mehrerer Poſtmeiſter auch einzeln in ſolidum iſt

fördern, in Anſpruch zu nehmen. Die Annahme des ihm Anvertrauten war alſo ſchon ein hinreichender Grund, ihn zur Wiedererſtattung zu verurtheilen, wenn er ſeiner Seits nicht zeigen konnte, daß es da, wohin er es zu liefern hatte, richtig angekommen ſey. Dem Kläger lag alſo auch nur ob, jene Abgabe des Geldes an den Beklagten zu beweiſen. Daß er dabei in der Klage angeführt hatte, Verklagter habe ſeiner Verbindlichkeit nicht genügt, das Geld nicht in der Poſtcharte eingetragen, und daſſelbe ſey zu Nürnberg nicht angekommen, alles dieſes gehörte eigentlich nicht mehr zum Grunde der Klage an ſich, ſondern betraf die mögliche Erwiederung des Beklagten, daß er ſeine Verbindlichkeit erfüllt habe, und konnte daher dem Kläger nicht zum Beweiſe ausgeſtellt werden. Es geſchieht ja täglich, daß der Kläger in ſeinem Libell anführt, Beklagter habe das Schuldige, aller gütlichen Erinnerung ungeachtet, nicht geleiſtet;

iſt nicht füglich anzunehmen, und die Correalverbindlichkeit mehrerer Depoſitarien, welche die Sache zugleich und gemeinſchaftlich aufbewahren müſſen, kann hier nicht angewandt werden, wo jeder Einzelne ſeine Schuldigkeit ganz erfüllt, wenn er die Sache an den Nächſtfolgenden befördert hat.

ſtet; und doch wird es wohl nicht leicht einem Richter einfallen, dem Kläger den Beweis dieſes Anführens aufzulegen, oder wenn er ihn, wie billig, damit verſchont, den Grund nur aus der verneinenden Angabe herzunehmen. In einem andern Rechtsſtreit ward dem klagenden Pachter der Beweis auferlegt, a) daß er von dem zum Gute gehörigen Vieh des Verpachters Nichts zurückbehalten, und b) daß er die Gebäude nicht in einem verſchlimmerten Zuſtande zurückgelaſſen hätte (75). Dies veranlaßte einen neuen Rechtsgang über die Frage, in wiefern dem Kläger der Beweis einer Verneinung anzuſinnen ſey? Man hätte aber dieſen Punkt ganz bei Seite ſetzen können, und alles, was hierüber ſowohl in den Verhandlungen der Parteien, als auch in den Entſcheidungsgründen des anderweitig ergangenen Urtheils vorkam, verfehlte die richtige Anſicht der Sache gänzlich. Beide Beweisſätze ergeben, daß dem Kläger die Nichterfüllung deſſen, wozu ihn der Contrakt, und zum Theil auch ſchon die Natur des Rechtsverhältniſſes verband, entgegengeſetzt ſeyn muß.

Ad a) war es die ſogenannte exceptio non impleti, und ad b) non rite nec debito modo impleti

(75) *Leyſer* ibid. med. 3.

pleti contractus. Ohne weitere Rückſicht auf bejahende und verneinende Behauptungen war alſo der Kläger ſchuldig, den erſten Punkt durch den Beweis, daß er das ſämmtliche Vieh wieder abgeliefert hatte, zu elidiren, dahingegen ad b) dem Beklagten oblag, die fehlerhafte Beſchaffenheit der Gebäude, wofür der Kläger verantwortlich ſeyn ſollte, gehörig darzuthun. In der Sache ſelbſt ward auch in der zweiten Inſtanz ſo erkannt, aber freilich nur aus den unzulänglichen Gründen, die man hier in der Qualität der Sätze, nach Form und Inhalt betrachtet, anzutreffen glaubte.

4.

Nähere Erläuterung der allgemeinen Regel nach den einzelnen Forderungen derſelben.

Daß ein ſtreitender Theil **freiwillig** einen 17
Beweis übernehmen könne, den er eigentlich zu führen entweder überhaupt oder zur Zeit noch nicht verpflichtet wäre, leidet zwar der Regel nach keinen Zweifel (76). Aber **ſchuldig** iſt er dazu nur in ſo-

(76) L. 14. D. *de probat.* (Note 17.) Von anticipirten Beweiſen handelt Gönner Handb. d. Proz. II.

ſofern, als die Thatſachen, worauf der Beweis zu richten iſt, zur Begründung eines Antrags gehört, durch welchen er **Rechte** und **Befreiungen** von Rechten Anderer, **nunmehr** geltend zu machen ſucht. Alſo I) nur darauf kommt es an, ob die Thatſache, wovon die Rede iſt, zur Begründung **ſeines** erwähnten Antrags gehört; mehr, als dieſe Begründung nothwendig erfordert, braucht er nicht zu beweiſen; II) ob er jenen Antrag **ſchon** geltend zu machen ſucht, folglich die Reihe des Beweiſes ihn treffen kann. Hingegen III) darauf, ob er eine ſolche Bedingung ſeines Antrags ſelbſt für ſich angeführt habe oder nicht, kommt es hier weſentlich gar nicht an, noch weniger, wie in dem vorigen Aufſatze gezeigt iſt, darauf, ob es verneinende oder bejahende Sätze ſind, welche dieſe Bedingung ausdrücken, genug daß der Antrag darauf beruhet, und, daß IV) die Thatſache nicht ſchon zugeſtanden, oder wirklich ausgemacht iſt. Alles dieſes wird zum Theil noch etwas näher zu erläutern ſeyn.

I)

II. 307. beſonders 347. Wenn der Verklagte den Klagegrund geleugnet hat, und ſich doch, ehe dieſer bewieſen worden, auf den Beweis ſeiner Einreden einläßt, ſo iſt das unſtreitig ein anticipirter Beweis.

1) Die vorzüglichſte Schwierigkeit bei Be- 18
ſtimmung der Frage: Wer beweiſen müſſe? kommt in der Anwendung daher, daß die Richter nicht ſorgfältig genug die Thatſachen, welche eigentlich das Fundament des Klagevortrags, der Einreden, der Replik und der Duplik u. ſ. w. ausmachen, zu beſtimmen und zu unterſcheiden ſuchen. Freilich erfordert das eine gründliche Kenntniß deſſen, was der Antrag, ſowohl des Klägers, als des Beklagten, weſentlich vorausſetzt. Dies muß ein Jeder, wenn der Gegner es nicht zugeſteht, beweiſen (77), mehr darf ihm aber auch in dieſem Betrachte darzuthun nicht angeſonnen werden.

Die

(77) L. 4. D. *de probat.* Emtorem probare debere, eum ſervum, de quo quaeritur, antequam emeret, fugiſſe. Daß der gekaufte Sklave nach geſchloſſenem Kaufe davon gegangen iſt, berechtigt den Käufer noch nicht, ſich an den Verkäufer zu halten, wenn er nicht beweiſen kann, daß der Knecht ſchon vor dem Kaufe fugitivus war. *Pothier* Pand. Juſtin. tit. de probat. n. 17. L. 6. C. *ibid.* Rationes defuncti, quae in bonis ejus inveniuntur, ad probationem ſibi debitae quantitatis ſolas ſufficere non poſſe, ſaepe reſcriptum eſt. Ejusdem juris eſt, et ſi in ultima voluntate defunctus certam pecuniae quantitatem, aut etiam res certas ſibi deberi ſignifica-

fica-

Die Begründung eines Rechts, einer Forderung, einer Befreiung oder Gegenforderung erheiſcht aber nichts mehr, als was zunächſt in Beziehung auf dieſes Recht, oder dieſe Befreiung, wovon die Rede iſt, weſentlich und als Regel vorausgeſetzt wird; die Thatſachen, welche hiezu gehören, müſſen bewieſen werden, nicht aber auch außerdem noch die allgemeinen Bedingungen aller Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt, die Abweſenheit der Hinderniſſe, die der Gültigkeit oder Wirkſamkeit eines Vorgangs entgegentreten können. Wer aus einem Darlehn, aus einem Kaufcontrakt u. ſ. w. klagt, hat nichts weiter zu beweiſen nöthig, als daß er, oder ſein Vorgänger dem Beklagten, oder dem, an deſſen Fakta dieſer gebunden iſt, das Geld angeliehen, mit ihm den Contrakt u. ſ. w. geſchloſſen habe, nicht aber, daß der andere Contrahent zu der Zeit großjährig, ſanae mentis, und überhaupt über das Seinige zu ver-

fü-

ficaverit. — L. 15. D. *ibid.* (Note 23.) L. 21. *ibid.* (Note 18) L. 23. C. *ibid.* Actor, quod adſeverat, probare ſe non poſſe profitendo, reum neceſſitate monſtrandi contrarium non adſtringit: cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla ſit. Vergl. L. 3. 12. 21. C. *eod.*

fügen befugt geweſen ſey. Dies gehört keineswegs zur Bewahrheitung des Vorgangs ſelbſt, worauf die Forderung gegründet wird. Dieſer ſchränkt ſich darauf ein, daß das Geld angeliehen, daß gegenſeitige Einwilligung zum Kaufe, oder zu irgend einem andern Handel erklärt ſey. Damit hat alſo der Kläger ſein Recht oder ſeine Forderung an ſich gerechtfertiget. Will aber der Beklagte aus phyſiſchen oder rechtlichen Gründen, die verbindende Kraft oder Gültigkeit des äußerlich zum Zweck der Klage begründeten Vorgangs beſtreiten, ſo liegt es ihm ob, die Ausflüchte, die er daraus hernimmt, gehörig zu bewahrheiten.

Wer daher gemeine oder gleiche Rechte in unleugbaren, oder gegenſeitig anerkannten Verhältniſſen geltend zu machen ſucht, darf den Beweis, daß in Anſehung ſeiner beſondere Hinderniſſe, Ausnahmen, oder Einſchränkungen eintreten, allerdings vom Gegner erwarten (78).

Wer aber ein beſonderes Recht, was ſelbſt eine Ausnahme von der Regel mit ſich führt, zu verfolgen ſucht, der muß auch natürlich die beſon-

(78) L. 5. *de probat.* S. den zweiten Aufſatz Note 1. Cap. ult. x. *de praeſumt.* im vorhergehenden fünften Aufſatz Note 13.

dern Verhältniſſe, welche das jus ſingulare vor-
ausſetzt, beweiſen. Hieraus erklärt es ſich von
ſelbſt, warum derjenige, der einen Handel der
Minderjährigkeit wegen anfechten, oder ſonſt bene-
ficia aetatis geltend machen will, den Beweis des
minderjährigen Alters übernehmen, nicht aber der
Gegner den Beweis der Großjährigkeit führen
müſſe. Es iſt gar nicht nothwendig, vielmehr
ganz unrichtig, hiebei erſt noch beſondere Rechts-
vermuthungen einzumiſchen. An ſich wird weder
die Großjährigkeit noch die Minderjährigkeit ver-
muthet. Genug daß Hinderniſſe der Gültigkeit
eines Geſchäfts oder der Erwerbung eines Rechts
in Fällen, wo beide der Regel nach Statt finden,
imgleichen Verhältniſſe, welche Ausnahmen von
der Regel des Rechts erzeugen ſollen, **nicht ver-
muthet** werden. Dies bringt den Beweis von
ſelbſt auf den, der ihn eigentlich führen muß.
Höchſt unſchicklich ſind hier alle beſtimmten Ver-
muthungen im Gegenſatz. Wenn ſich wohl ſagen
läßt, daß das minderjährige Alter nicht vermuthet
werde, ſo läßt ſich doch darum noch keine rechtliche
Vermuthung für die Großjährigkeit eines Sub-
jekts ausſagen (79).

Cel-

(79) Wie das wohl einmal auctoritate *Menochii* de
praeſumt. II. 50. 1. vorkommt.

Celſus (80) erzählt einen Rechtsfall, der im 19
Ganzen hier zur Erläuterung dienen kann. Ein Teſtator hatte Jemanden eine gewiſſe Quantität im Teſtamente, und eben ſo viel auch im Codicill vermacht. Der Legatar forderte alſo beide Summen. Der Erbe wollte nur das Einfache zahlen. Es kam darauf an, ob der Teſtator, da der Nachzettel gerade dieſelbe Summe beſtimmte, etwa deſſen, was er ſchon im Teſtamente geordnet hatte, nicht eingedenk geweſen war, ob er das erſte Vermächtniß nur habe wiederholen, oder verdoppeln wollen. Wem ſollte daher der Beweis auferlegt werden? Beim erſten Anblick, ſagt der Juriſt, möchte es ſcheinen, dem Legatar, als Kläger. Dennoch ward für das Gegentheil entſchieden. Denn die Forderung des Legatars war durch das Teſtament und durch den Nachzettel auf beide Summen hinlänglich begründet. Die Gegenbehauptung, daß der Teſtator in beiden Verfügungen nur eins und daſſelbe gemeint habe, gehörte zu den Einreden des Erben, die er auch beweiſen müßte. Hieraus ergibt ſich für ähnliche Fälle die Anleitung, daß vor allen Dingen wohl zu prüfen ſey, ob die Gegenbehauptung des Beklagten, er

mag

(80) L. 12. D. *de probat.* (Note 34.)

mag ſie einkleiden, wie er will, zu den bloßen Beſtreitungen der Wahrheit des Klagegrunds, oder zu den Einreden, wodurch auch die begründete Klage abgelehnt werden ſoll, zu rechnen ſey. In dem angeführten Rechtsfalle hatte der Kläger ſeiner Seits beigebracht, was man zur Begründung ſeiner Klage von ihm nur verlangen konnte, ein doppeltes Vermächtniß, in zwei verſchiedenen Urkunden angeordnet. Eine weitere Darlegung der Abſicht des Teſtators, und daß dieſer ſich nicht verſehen, ſondern wirklich das gewollt habe, was die zwiefache Verfügung mit ſich brachte, alles dieſes gehörte nicht mehr zur Begründung der durch das Teſtament und den Nachzettel hinlänglich documentirten Klage; daher in dieſem Betrachte die Gegenbehauptung des Erben von dieſem auch erwieſen werden mußte. Käme aber dergleichen Wiederholung ſelbſt im Teſtamente an verſchiedenen Stellen ohne nähere Erklärung vor, ſo würde vermöge einer andern Entſcheidung (81) die Klage des

(81) L. 34. §. 3. D. *de legat.* 1. Sed ſi non corpus ſit legatum, ſed quantitas eadem in eodem teſtamento ſaepius, Divus Pius reſcripſit, tunc ſaepius praeſtandam ſummam, ſi evidentiſſimis probationibus oſtendatur teſtatorem multiplicaſſe legatum voluiſſe, Idem-

des Legatars auf beide Summen durch das Teſtament allein noch nicht für hinlänglich begründet zu achten ſeyn, mithin ward dort dem Legatar ein beſſerer Beweis auferlegt, daß der Teſtator ihm die Summe nicht einfach, ſondern doppelt zugedacht habe.

Wenn Jemand die Verbindlichkeit, einem An- 20
dern etwas zu leiſten, oder für einen gewiſſen Nachtheil zu haften, anerkennen muß, und ſolche an ſich nicht ablehnen kann, ſo gehört jeder Vorwand, wodurch er ſich außer Schuld zu ſetzen ſucht, zu den Ausflüchten, die er, da ſie nur auf ſeine Befreiung abzielen, beweiſen muß. Die Obrigkeit, welche für tüchtige Vormünder und Bürgen zu ſorgen hat, kann daher, wenn ſie actione ſubſidiaria belangt wird, und dagegen vorſchützen will, daß die Vormünder zur Zeit der Beſtellung und Annahme nicht untüchtig, ſondern ſicher und gut

gewe-

Idemque et in fideicommiſſo conſtituit. Ejusdem rei ratio evidens eſt: quod eadem res ſaepius praeſtari non poteſt; eadem ſumma volente teſtatore multiplicari poteſt. vergl. was ſpecies certas anbetrifft § 1. 2. 4. *ibid.* Weſtphal von Vermächtniſſen II, S. 1345.

geweſen wären, den Beweis dieſer Behauptung nicht ablehnen (82).

21 Ueberhaupt iſt die Frage, welchem der ſtreitenden Theile die Beweisführung obliege, wenn es zweifelhaft iſt, ob ein entſtandener Schaden durch Vorſatz, oder Fahrläſſigkeit, oder durch Unglücksfälle veranlaßt ſey? bekanntlich unter den Rechtsgelehrten ſtreitig. Es wird nicht nöthig ſeyn, uns hiebei mit einer weitläufigen Angabe der verſchiedenen Meinungen aufzuhalten (83). Die Schwie-

rig-

(82) L. 1. §. 13. D. de magiſtr. conven. (XXVII. 8.) Probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fidejuſſores ſolvendo non fuiſſe, cum acciperentur, ſed magiſtratibus, ut doceant eos ſolvendo fuiſſe. L. 3. C. *de probat.* Ex perſona collegae avi veſtri conveniri non debetis, ſi eundem collegam tempore depoſiti officii (ſolvendo) fuiſſe oſtenderitis. L. 11. D. *ibid.* Non eſt neceſſe pupillo probare, fidejuſſores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuiſſe: nam probatio exigenda eſt ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur.

(83) Man vergleiche hierüber *Leyſer* Medit. ad Pand. 176 5 u. 6. Höpfner Commentar d. Inſtitut. §. 761. N. 4. Glücks Pandekten Th. 4. §. 324. und 327. Meiſter prakt. Bemerk. aus d. Civil-

u.

rigkeiten, welche dieſer Punkt in der Theorie, und in der Beurtheilung vorkommender Rechtshändel zu haben ſcheint, werden ſich ſehr verlieren, wenn man auch hier nur vor allen Dingen genau zu unterſcheiden ſucht, was eigentlich zur Begründung der angeſtellten Klage oder der Replik des Klägers und was dagegen zur Rechtfertigung der Einreden oder der Duplik des Beklagten gehört. Hat man dies erſt gehörig aufs Reine gebracht, ſo wird kaum noch ein Zweifel weiter Statt finden, was Jener, und was dieſer zu beweiſen habe. Die allgemeine Beantwortung der aufgeworfenen Frage kann alſo keine andere als dieſe ſeyn: Jeder Theil muß den Umſtand, worauf es ankommt, alſo die gegenſeitige Verſchuldung, oder die Veranlaſſung eines Erfolgs durch Unglücksfälle beweiſen, in ſofern die Anſprüche auf Rechte oder Befreiungen, die er eben geltend zu machen ſucht, von der Wahrheit dieſer Thatſachen abhängen. In der Anwendung aber muß auf die beſondern Verhältniſſe geſehen werden, welche das Recht des Einen, und die Verantwortlichkeit des Andern in Anſehung des vor-

u. Criminalr. II. 6. *Wehrn* doctr. jur. de damno §. 20. E. G. Schmidt Commentar von gerichtl. Klagen. Th. 4. §. 958.

vorkommenden Gegenſtands näher beſtimmen. Unſtreitig muß derjenige, deſſen Antrag, den er gegenwärtig geltend zu machen ſucht, dolum oder culpam des Gegners zu ſeiner Begründung nothwendig vorausſetzt, dieſen faktiſchen Grund auch in Gewißheit ſetzen, ſo wie im Gegentheil derjenige, welcher an ſich begründete Anſprüche Anderer jetzt nur noch durch den Vorwand unverſchuldeter Unglücksfälle oder einer Verſchuldung des Gegners abzulehnen vermag, ſolches unſtreitig beweiſen muß, wenn er nicht ſachfällig werden will. Wird alſo Jemand **Erſtlich** wegen der Beſchädigung oder des Ruins einer Sache in Anſpruch genommen, derentwegen ihm keine beſondere Pflichten der Aufbewahrung oder Vorſorge — custodia — oblagen, ſo iſt es wohl ſehr einleuchtend, daß derjenige, der ihn gleichwohl der Sache wegen in Anſpruch nehmen will, den Beweis übernehmen müſſe, daß der Beklagte vorſätzlich, oder durch eine ihm zur Laſt fallende Unachtſamkeit den Schaden verurſacht habe. Der Beſchädigte iſt hier immer in dem Falle ſich einer Klage, ſey es ex L. Aquilia, in factum, condictio furtiva etc. zu bedienen, welche dolum vel culpam des Gegners beſtimmt vorausſetzt, und wird alſo natürlich auch dieſe Thatſachen darthun müſſen. — **Zweitens** ganz anders verhält

hält es ſich, wenn der Beklagte wegen ſolcher Sachen belangt wird, die er einem Andern zu geben, oder zurückzuliefern hatte, deren cuſtodia ihm alſo oblag. Hier iſt die Klage, wodurch die Ablieferung oder Zurückgabe der Sachen, und in deren Ermangelung des Werths derſelben, gegen den Beklagten verfolgt wird, durch das erwähnte Rechtsverhältniß, worin er in Anſehung des Objekts der Klage ſteht, an ſich ſchon hinreichend begründet. Es bedarf alſo des Umſtandes, daß der Beklagte vorſätzlich, oder durch Fahrläſſigkeit Schaden oder Verluſt zuwege gebracht habe, zur Rechtfertigung der Forderung des Klägers gar nicht. Dieſer verlangt vielmehr ſeine Sache, und was der Beklagte ihm zu geben ſchuldig iſt, aus dem Contrakt oder irgend einem andern Verhältniſſe, welches dem Gegner jene Verbindlichkeit auflegt. Mehr als den Contrakt, oder dies Verhältniß, braucht alſo auch der Kläger nicht zu beweiſen. Folglich gehört es offenbar zu den Einreden des Beklagten, wenn er ſich mit einem nicht verſchuldeten Untergang, einer ihm nicht zur Laſt fallenden fremden Entwendung, oder Beſchädigung der Sache ſchützen will. Hier kann er alſo nicht den Beweis ſeiner Verſchuldung vom Kläger verlangen, ſondern

ihm,

ihm, dem Beklagten, kommt es zu, die erwähnten Einreden zu beweiſen (84).

Führt der Kläger im Voraus dagegen mittelſt anticipirter Replik in der Klage an, daß die Sache von dem Gegner dolo oder culpa beſchädigt ſey, ſo iſt dies doch dann erſt zu beweiſen, wenn die Reihe der Beweisführung an die Replik des Klägers kommt, d. i. wenn Beklagter zuvor den faktiſchen Grund ſeiner Einreden, mithin eine ſolche Veranlaſſung des Untergangs oder der Beſchädigung

(84) L. 5. C. *de pign. act.* (IV. 24.) Si creditor ſine vitio ſuo argentum pignori datum perdiderit, reſtituere id non cogitur: ſed ſi culpae reus deprehenditur, vel non probat manifeſtis rationibus ſe perdidiſſe: quanti debitoris intereſt, condemnari debet. — L. 9. §. 4. D. *locati.* (*XIX.* 2.) Imperator Antoninus cum patre, cum grex eſſet abactus, quem quis conduxerat, ita reſcripſit: ſi capras latrones citra tuam fraudem abegiſſe probari poteſt, judicio locati caſum praeſtare non cogeris, atque temporis, quod inſecutum eſt, mercedes ut indebitas reciperabis. L. 3. §. 1. D. *commodati* (XIII. 6.) Si reddita quidem ſit res commodata, ſed deterior reddita, non videbitur reddita (quae deterior facta redditur) niſi quod intereſt praeſtetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur.

digung der Sache beigebracht hat, die, ſo wie ſie von ihm erwieſen iſt, ſeiner Seits keine Verſchuldung mit ſich führt, folglich ihn von den Anſprüchen des Klägers befreien muß, wenn dieſer nicht jetzt dagegen zu zeigen vermag, daß ohne des Beklagten Verſchulden oder ungebührliche verzögerte Pflichterfüllung — mora — der bewieſene Unglücksfall die Sache nicht getroffen haben würde, oder daß Beklagter die Mittel, um den nachtheiligen Erfolg abzulehnen oder zu mindern, nicht angewandt habe — caſus mixtus — Drittens. Wenn Jemand zur Beſorgung gewiſſer Geſchäfte verpflichtet iſt, und ſich mit der Unmöglichkeit der Ausführung, oder mit deren Behinderung zu entſchuldigen ſucht, ſo verſteht es ſich wohl von ſelbſt, daß er den Beweis der Thatſachen, worauf ſich dieſe Einreden gründen, nicht ablehnen könne, und daß er beſonders auch darthun müſſe, ſeiner Seits das ihm Obliegende, ſo weit es thunlich war, befolgt, die Erreichung des Zwecks, ſo lange die Unmöglichkeit derſelben noch nicht entſchieden war, zu bewirken, und die Hinderniſſe abzulehnen, verſucht habe. Jene Unmöglichkeit einer Ausführung kann dem keine Ausflucht geben, deſſen Pflicht es war, ihr bei Zeiten zuvorzukommen, und der gleichwohl die

Mit=

Mittel hiezu außer Acht ließ. Dies iſt es alſo, worüber er ſich rechtfertigen muß.

22 Geſetzt nun, ein geliehenes oder gemiethetes Pferd oder irgend eine andere Sache kommt in den Händen des Miethers oder Bergers um, oder wird beſchädigt wieder geliefert, ſo entſteht die Frage: ob dieſe nachtheilige Veränderung durch Mißbrauch und Pflichtwidrigkeit des Inhabers, oder durch Unglücksfälle, wenigſtens durch ſolche Urſachen veranlaßt ſey, die der Miether oder der Leiher nicht zu vertreten hat? Soll alſo der Kläger jenes oder der Beklagte dieſes beweiſen? Nach den angeführten Gründen liegt unſtreitig dem Beklagten, wenn er aus dem Mieh- oder Leihcontrakte belangt wird, der Beweis ob, daß der Grund des Untergangs oder des Schadens, den die Sache erlitten, entweder in einer ſchon in ihr vorhanden geweſenen Beſchaffenheit gelegen hat, oder doch überhaupt durch pflichtmäßige Sorgfalt nicht habe vermieden werden können. Kann er dieſen Beweis nicht führen, ſo iſt und bleibt er ſchuldig, den Kläger zu entſchädigen, ohne daß dieſer mit dem Beweiſe einer vorſätzlichen oder culpoſen Pflichtwidrigkeit, wodurch der Beklagte den nachtheiligen Erfolg veranlaßt hätte, zu beläſtigen

wäre, da der Contrakt den Kläger unſtreitig berechtigt, die Sache in dem Zuſtande, wie er ſie dem Beklagten geliefert hat, wieder zu fordern, und der Beklagte dieſer Forderung gerecht werden muß, wenn die Gegenbehauptung, daß der Schade durch Unglücksfälle, oder ohne eine von ihm zu verantwortende Schuld erfolgt ſey, nicht außer Zweifel zu ſetzen vermag (85). Wahr iſt es, wie **Garve** (86) richtig bemerkt, ein Verleiher, der eine ſchadhafte Sache verborgt, ohne es anzuzeigen, und, im Fall ihr ein Unglück begegnet, den ganzen Werth derſelben zur Schadloshaltung fordert, ſucht

(85) Der hievon abweichenden Lehre Meiſters in den prakt. Bemerkung. Th. 2. Nr. 6. Seite 76. kann ich nicht ganz beiſtimmen. Denn ob der Schade unverſchuldet ſeyn konnte, darauf kommt es nicht, ſondern nur darauf an, ob er es war. Eben weil die Sache ſo und anders ſeyn kann, iſt ſie zum Beweiſe zu verſtellen, ſonſt müßte dieſer ganz wegfallen. Aber daß darum, weil die Behauptung des Beklagten möglich iſt, der Kläger den Beweis des Gegentheils übernehmen müſſe, folgt gar nicht. Schwierig kann der Beweis auf beiden Seiten ſeyn, aber das thut hier nichts zur Sache.

(86) Anmerk. zu M. Payley's Grundſ. der Moral und Polit. II. 512.

ſucht im Grunde Andere eben ſowohl zu vervortheilen, als der Verkäufer, welcher eine ſchlechte Waare für gut verkauft. Und einen ſolchen Betrug können doch die Richter unmöglich unterſtützen. Auf der andern Seite aber, was der angeführte Schriftſteller gleichfalls nicht in Abrede ziehet, würde doch auch der Mißbrauch und die Verwahrloſung fremden Eigenthums gegen Recht und Billigkeit begünſtigt, auch die Ueberlaſſung des Gebrauchs einer Sache an Andere zu ſehr erſchwert werden, wenn der Ausleiher oder Vermiether mit Beweiſen jener Art, wozu es ihm ſehr leicht an allen Mitteln fehlen kann, beläſtigt werden ſollte (87). Der Vortheil des Publici vereinigt ſich alſo hier, wie Garve mit Recht hinzufügt, mit den Begriffen der Billigkeit, den Rechten des Eigenthümers den Vorzug zu geben, und in zweifelhaften Fällen eher den Nießbrauchenden, als ihn leiden zu laſſen.

23 Folgender Rechtsfall iſt hier merkwürdig. Ein Kaufmann hatte von einer gewiſſen Aſſecuranzcompagnie etwas zu fordern. Er trug einigen Handlungsfreunden auf, und dieſe übernahmen es,

(87) Die Eidesdelation, worauf ihn Meiſter zurückweiſet, iſt leider, wie die Erfahrung zeigt, ſehr mißlich.

es, die Berichtigung des Rückſtandes beſtens zu betreiben. Die Sache blieb aber unausgeführt, es erfolgte weder Geld noch Berechnung, und am Ende waren die Schuldner freilich nicht mehr zahlungsfähig. Der abweſende Gläubiger belangte alſo ſeine Bevollmächtigten actione mandati, und zog ſie wegen des übernommenen, aber nicht beſorgten Auftrags, zur Verantwortung. Die Beklagten wandten vor, daß ſie ihrer Seits es an der gehörigen Einforderung nicht fehlen laſſen, aber des angewandten Fleißes ungeachtet nichts hätten erhalten können. Der Kläger beſtritt die Wahrheit dieſes Vorgebens, und es kam darauf an, wer den Beweis zu führen habe? Der Kläger, daß Beklagte negligentes in exigendo geweſen wären, oder dieſe, daß ſie zur Erfüllung des Auftrags das Nöthige verſucht, aber nichts hätten erhalten können? In erſter Inſtanz ward dahin erkannt:

Daß Kläger, wasmaßen Beklagter in Beitreibung des Einſchuſſes von der dritten Aſſecuranzcompagnie ſich eine Nachläſſigkeit zu Schulden kommen laſſen, Beklagtens Gegenbeweis vorbehältlich, zu erweiſen ſchuldig.

Dies Urtheil ward zwar in der Reſtitutions⸗inſtanz beſtätigt; allein das vom Kläger abermal dagegen eingewandte Rechtsmittel hatte die Akten⸗verſendung, und darauf ein ganz entgegenſtehen⸗des Erkenntniß zur Folge.

Nunmehr, hieß es, ſo viel zu befinden, daß das Interlocut vom u. ſ. w. nicht zu beſtäti⸗gen, noch in Gemäßheit deſſelben Kläger, wasmaßen Beklagter in Beitreibung eines Einſchuſſes von der dritten Aſſecuranzcompa⸗gnie ſich einer Nachläſſigkeit zu Schulden kommen laſſen, zu beweiſen ſchuldig, ſondern es iſt Beklagter, die 2100 Mark Bco ſammt Zinſen des Verzugs von Zeit der erhobenen Klage, gegen Ceſſion der desfalſigen Forde⸗rung an die Concursmaſſe an Klägern zu be⸗zahlen ſchuldig, er könnte und wollte denn beweiſen, daß er an ſeinem möglichſten Fleiße in Beitreibung ſothanen Einſchuſſes nichts ermangeln laſſen, oder daß, alles anzuwen⸗denden Fleißes ungeachtet, derſelbe nicht zu erhalten geweſen.

Die Beklagten veranlaßten durch die hie⸗gegen geſuchte Reviſion einen neuen Rechtsgang,

und

und es gelang ihnen durch das vierte Urtheil, die Herſtellung des erſtern zu bewirken:

> der Materialien halber nunmehr ſo viel zu befinden, daß das letztere Erkenntniß wieder aufzuheben, und es dagegen bei dem erſtern unterm — ergangenen Interlocute lediglich zu laſſen ſey.

Nach meiner Ueberzeugung war aber das vorige Urtheil, welches hier aufgehoben ward, den Rechten ſo gemäß, daß es billig dabei hätte bleiben müſſen. Denn die Thatſachen, deren Beweis darin gefordert ward, gehörten allerdings zu den Einreden der Beklagten, und mit Recht ward ihnen daher die Beweisführung zur Pflicht gemacht (88). Der Rechtsſatz, daß der Kläger ſeinen Klagegrund

R 2 be-

(88) L. 11. D de *probat.* (Note 82.) L. 27. §. 2. D. *mandati* (XVII. 1.) Qui mandatum ſuſcepit, ſi poteſt id ſupplere, deſerere promiſſum officium non debet; alioquin, quanti mandatoris interſit damnabitur. Si vero intelligit explere ſe id officium non poſſe, id ipſum, cum primum poterit, debet mandatori nunciare: ut is, ſi velit, alterius opera utatur quod ſi, cum poſſit nunciare, ceſſaverit, quanti mandatoris interſit, tenebitur: ſi aliqua ex cauſa non poterit nunciare, ſecurus erit.

beweiſen müſſe, konnte hier nicht zum Vortheil der Beklagten angewandt werden, da dieſe den übernommenen Auftrag, die Bezahlung der Gelder für Klägern zu befördern, bereits zugeſtanden hatten, folglich die Klage an ſich ſchon hinlänglich begründet war (89), und es jetzt nur darauf ankam, ob ſie die nicht geſchehene Erfüllung dieſes Auftrags zu rechtfertigen vermochten, welches offenbar zu den von ihnen zu beweiſenden Einreden gehörte (90).

Ley-

(89) L. 5. §. 1. *ibid.* Et ſi ſuſceptum non impleverit, tenetur. L. 6. §. 1. *ibid.* Si cui fuerit mandatum, ut negotia adminiſtraret, hac actione erit conveniendus: nec recte negotiorum geſtorum cum eo agitur: nec enim ideo eſt obligatus, quod negotia geſſit, verum idcirco, quod mandatum ſuſceperit; denique tenetur, etſi non geſſiſſet. — cit. L. 27. §. 2. *ibid.* (Note 88.)

(90) L. 23. 24. 25. D. *ibid.* Sane ſi valetudinis adverſae, vel capitalium inimicitiarum; ſeu ob inanes rei actiones; ſeu ob aliam juſtam cauſam excuſationes alleget: audiendus eſt. — Natürlich muß er ſie aber beweiſen. Vergl. die Noten 82. u. 88. L. 19. pr. D. de *probat.* (Note 1. a.) §. 1. *ibid.* Cum quis promiſiſſet, judicio ſe ſiſti, et Reipublicae cauſa abfuiſſe dicat, et ob id non ſtetiſſe, vel dolo

Leyſer und mit ihm auch andere Rechtsleh- 24
rer (91) ſind der Meinung, daß der Kläger freilich: dann immer culpam des Beklagten beweiſen müſſe, wenn er dieſe ſelbſt in dem Klagevortrag behauptet hätte. Ich will die Vorſicht nicht mißbilligen, welche man in dieſem Betrachte dem Kläger empfiehlt, dergleichen Anführungen zu vermeiden, wenn er ohne ſie doch ſeinen Zweck erreichen kann. In der That aber ſollte doch bei der Beſtimmung des Beweiſes nur auf das Rückſicht genommen werden, was die **angeſtellte Klage** zu ihrer Begründung wirklich erfordert, und es daher dem Kläger nicht zum Nachtheil gereichen, wenn er, oder ſein Anwalt, Dinge einmiſcht, die eigentlich nicht zum Klagegrunde gehören. So lange alſo nicht ganz beſtimmt erhellet, daß der Kläger wirklich diejenige Art der Rechtsverfolgung, welche durchaus den Beweis des angeführten Umſtandes

ſtandes

dolo malo adverſarii factum, quo minus ſiſteretur, vel valetudinem ſibi impedimento fuiſſe, vel tempeſtatem, probare eum id oportet.

(91) *Leyſer* medit. ad Pand. 176. 5. et 6. C. G. Schmidt Commentar von gerichtl. Klagen u. ſ. w. Th. 4. §. 960. n. 6. Meiſters praktiſche Bemerk. II. 6. 2.

ſtandes erfordert, z. B. actio legis Aquiliae, ſtatt der leichter auszuführenden Contraktsklage gewählt haben wolle, handelt der Richter pflichtmäßig, wenn er das dem Kläger vortheilhaftere Rechtsmittel als deſſen eigentliche Abſicht annimmt (92), und darnach die Beweisführung feſtſetzt, das übrige aber, als anticipirte Repliken, zur Zeit auf ſich beruhen läßt. Z. B. Wenn gegen einen Gaſtwirth actio de receptis angeſtellt, und beiläufig in dem Klagevortrag von einer Vernachläſſigung deſſen, was Beklagter eigentlich hätte thun können oder müſſen, angeführt wird. Doch davon überhaupt in der Folge mit Mehrern.

25 Drittens; der Beklagte, welcher ſich auf Unglücksfälle, oder auf eine Unmöglichkeit in Anſehung deſſen, was er hätte thun ſollen, beruft, muß eine ſolche Art des Untergangs oder der Beſchädigung, oder ſolche Hinderniſſe in Anſehung ſeiner Obliegenheit beibrigen, welche ihn an ſich von aller Verantwortlichkeit frei darſtellen. Will alsdann der Kläger dennoch behaupten, daß gleichwohl hiebei eine Verſchuldung des Beklagten vor=

ge=

(92) L. 66. D. de judiciis (V. 1.) Si quis intentione ambigua, vel oratione uſus ſit; id, quod utilius ei, accipiendum eſt.

gegangen ſey, ohne welche der nachtheilige Erfolg hätte vermieden werden können, ſo muß er freilich die Thatſachen, worauf dieſe ſeine Replik ſich gründet, beweiſen. Was aber nun in vorkommenden Fällen als bloß zufälliger oder als verſchuldeter Schaden zu betrachten, und daher zum Beweiſe des Einen oder des Andern hinreichend ſey, läßt ſich nicht durch Regeln feſtſetzen, ſondern hängt von der Beurtheilung der beſondern Umſtände ab, wonach der Richter es zu beſtimmen hat, ob der ſtreitende Theil, dem der Beweis obliegt, dieſen zur Genüge, oder gar nicht, oder doch ſo weit geführt habe, daß die Sache zum geſetzlichen Eide verſtellt werden könne. Wahr iſt es freilich, daß manche nachtheilige Begebenheiten häufiger, andere weniger oder gewöhnlich gar nicht mit der Unachtſamkeit gewiſſer Perſonen in Verbindung ſtehen (93). Aber es ſteht doch dahin, in wiefern man den Rechtsgelehrten beipflichten könne, welche bei Begebenheiten der erſtern Art, z. B. Feuersbrünſten, Diebſtählen u. ſ. w. auf den Unterſchied geſehen wiſſen wollen, ob der Beklagte, in deſſen Wohnung oder Gewahrſam dergleichen vorging, den rechtlichen Verhältniſſen nach für jedes,

(93) Höpfner Commentar d. Inſtitut. §. 761.

des, auch das geringſte Verſehen, zu haften ſchuldig ſey, z. B. der Commodatar, oder ob er nur das grobe und mäßige Verſehen zu verantworten habe, z. B. der Pachter, da denn in jenem Falle der Beklagte beſonders noch beweiſen müßte, daß er ſeiner Seits die möglichſte Sorgfalt angewandt hätte, um den Schaden zu vermeiden, wenn er nicht zur Vergütung deſſelben verurtheilt ſeyn wollte, hingegen in dem letztern Falle dem Kläger der Beweis obliege, daß der Nachtheil durch des Beklagten culpa lata oder levis verurſacht worden ſey (94). Der mindere oder höhere Grad der Sorgfalt, welcher Jemanden obliegt, kommt allerdings in Betrachtung, um zu beſtimmen, ob ihm dieſe oder jene beſtimmte Unternehmung oder Unterlaſſung zur Laſt fallen könne; aber dazu finde ich keinen zureichenden Grund, daß jene ſtärkere oder geringere Verantwortlichkeit des Beklagten auch bei der Frage: **Wem** der Beweis obliege? einen Einfluß haben ſollte. Ob ein nachtheiliger Erfolg, z. B. eine Feuersbrunſt, überhaupt in den gewöhnlichen Fällen mit einer Verſchuldung Anderer verbunden ſey, darauf kommt

(94) Glücks Pandekten. Th. 4. §. 327. b. und daſ. angef. DD.

kommt es hier nicht ſo ſehr, als darauf an, ob Beklagter derjenige ſey, der etwas dabei verſehen habe, und dies folgt doch aus jener allgemeinen Wahrnehmung an ſich noch nicht, man kann weder ſagen, daß gerade ſeine culpa levis, noch daß lata, oder leviſſima culpa von ihm zu vermuthen ſey (95). Er muß ſich aber wegen der Sachen, die er zu liefern hat, und die er jetzt gar nicht oder nicht unbeſchädigt liefern kann, gehörig rechtfertigen, folglich in jedem Falle ſo viel beibringen, daß ſich eine Art des Erfolges wahrnehmen läßt, die in Anſehung ſeiner als caſus fortuitus gelten muß. Immer wird er es ſich ſelbſt zuzuſchreiben haben, wenn er die Mittel, wodurch die Sache gehörig ins Licht zu ſetzen war, z. B. die zeitige Veranſtaltung einer nähern Unterſuchung der Begebenheit, Verſicherung zweckdienlicher Bewei=

(95) L. 11. D. *de per. et comm. rei vend.* (XVIII. 6.) Si vendita inſula combuſta eſſet, cum incendium ſine culpa fieri non poſſit, quid juris ſit? Reſpondit: quia ſine patrisfamilias culpa fieri poteſt, neque ſi ſervorum negligentia factum eſſet, continuo dominus in culpa erit: Quamobrem ſi venditor eam diligentiam adhibuiſſet in inſula cuſtodienda, quam debent homines frugi et diligentes praeſtare, ſi quid accidiſſet, nihil ad eum pertinebit.

weiſe durch Zeugen, Augenſchein u. ſ. w. vernach- läſſigt hat. Iſt aber eine Veranlaſſung des Scha- dens beigebracht, die von ihm nicht zu verantwor- ten ſeyn würde, ſo trifft die Reihe des Beweiſes ei- ner dennoch Statt gefundenen culpa den Kläger; es mag übrigens nur lata oder levis und leviſſima culpa in dem Umfange der Verantwortlichkeit des Beklagten liegen.

26 Nach der 115ten Novelle muß der Erbe, wenn das Teſtament wegen einer ungebührlichen Enter- bung angefochten wird, die Wahrheit der Enter- bungsurſache beweiſen. Denn der Kläger hat ein erworbenes Recht, von der Erbſchaft nicht ausgeſchloſſen zu werden. Die Gültigkeit der Aus- nahme von dieſem Rechte hängt von der Wahrheit der angeführten geſetzlichen Enterbungsurſache ab. Dieſe muß alſo der Erbe beibringen, wenn das ſonſt begründete Erbrecht des Klägers nicht Statt finden ſoll. Es iſt gar nicht nöthig, dies aus ei- ner hier angenommenen Rechtsvermuthung herzulei- ten, da es den rechtlichen Verhältniſſen der Sache ſelbſt, und der allgemeinen Regel aller Beweis- führung ſchon gemäß iſt. Nach dem ältern Rö- miſchen Rechte genügte die namentliche Enterbung, und in gewiſſen Fällen auch ſchon die bloße Ueber-

ge-

gehung, um das Teſtament ſtricto jure beſtehen zu laſſen. Daher auch der Kläger, der es als unbillig anzufechten ſuchte, ſeinen Klagegrund beweiſen mußte.

Die ſogenannte exceptio non impleti contra- 27
ctus bringt freilich, wenn die Sache recht genommen wird, die Laſt des Beweiſes auf den Kläger. Allein es kommt unter dem Namen dieſer Einrede Manches in den Gerichten vor, was unſtreitig der Beklagte zu beweiſen hat. Nur in ſofern, als dadurch die Wahrheit deſſen, was zum Klagegrunde aus einem zweiſeitigen Vertrage gehört, beſtritten wird, iſt der Kläger ſchuldig, den Beweis zu übernehmen (96). Sonderbar aber iſt es, wenn man alsdann dieſe Einrede bloß darum, weil ſie der Beklagte nicht beweiſen darf, zu den liquiden Exceptionen rechnet (97), und ſie auch im Executivprozeſſe Statt finden zu laſſen. Hier iſt ſie zuläſſig, weil ſie die Forderung des Klägers **illiquid** macht, nicht aber, weil ſie ſelbſt **liquid** iſt. Denn es ſoll ja eben erſt ausgemacht werden, ob der Contrakt erfüllt ſey, oder

(96) *J. H. Böhmer* J. E. P. II, 19. 11.

(97) *Leyſer* med. ad Pand. 513. 11. et 12. J. C. Schmidt Lehrb. von gerichtl. Klagen u. ſ. w. §. 125.

oder nicht. Sobald nun aber der Beklagte nicht mehr in jenen Gränzen einer bloßen Beſtreitung des faktiſchen Klagegrundes bleibt, und nicht ſowohl das, was eigentlich hiezu gehört, ableugnet, als vielmehr dem Kläger ſonſt beſondere Thatſachen, in Anſehung deſſen, was er zu leiſten hat, entgegenſetzt, ſo folgt natürlich, daß Beklagter ſich mit dieſer Gegenbehauptung, — exceptio non *rite*, ſ. non *debito modo* impleti contractus (98) — wenn der Kläger ſie nicht zugibt, allerdings die Verbindlichkeit des Beweiſes auflegt. Dahin gehört, wenn jene Einrede des nicht erfüllten Contrakts aus der **fehlerhaften** Beſchaffenheit der gelieferten Sachen, aus Handlungen, die der Kläger gegen den Contrakt unternommen hat, oder ſonſt aus Verhältniſſen hergeleitet wird, wodurch Beklagter die Rechte, welche ihm der Contrakt zuſichert, gehörig zu behaupten, gehindert wird, in ſofern der andere Contrahent dafür zu haften verbunden iſt (99). Alles dieſes beruhet auf Thatſa-

(98) *Hellfeld* jurispr. forenſ. §. 1043. J. C. Schmidt cit. l. von Bülow und Hagemann prakt. Erört. I. 23. Thibaut Syſtem d. Pandekten R. §. 151.

(99) *Leyſer* med. ad Pand. 208. 1. etc. 238. 2, 3. *Hommel* rhapſ. qu. obſ. 87. *Müller* ad *Leyſer*. Tom. V. obſ. 850.

ſachen, die der Beklagte, wenn ſie beſtritten werden, erſt darthun muß, bevor er die darauf gegründete Einrede gegen den Kläger geltend machen kann, und worüber er ſogar in continenti die Beweiſe zur Hand haben muß, wenn im Laufe des executiviſchen Verfahrens darauf geachtet werden ſoll.

Wenn die Gläubiger eines Verſtorbenen oder 28
die Legatarien den Kindern, als ſuis heredibus das beneficium abſtinendi ſtreitig machen, ſo ſind jene unſtreitig verbunden, den Beweis zu führen, daß die Kinder ſich entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend durch Handlungen — immixtio — für die Beibehaltung der väterlichen Erbſchaft erklärt, oder auch jener Rechtswohlthat unwürdig gemacht haben (100). Verſchiedene Rechtslehrer, und unter dieſen beſonders **Averani** und **Pufendorf** (101) haben zwar das Gegentheil, daß vielmehr gedachte Erben die ihrer Seits nicht geſchehene Einmiſchung beweiſen müſſen, zu vertheidigen geſucht. Allein den Kindern ſteht ſchon in der gedachten Eigenſchaft als Erben die erwähnte Rechtswohlthat

zu,

(100) Höpfner Commentar der Inſtit. §. 539.

(101) *Joſeph. Averanius* interpret. jur. civ. I. 9. *Pufendorf* obſervat. jur. civ. III. 8.

zu, und ſie brauchen ſolche durch nichts in facto weiter zu begründen. Sie haben das beneficium abſtinendi, nicht **weil** ſie ſich nicht immiſcirt haben, ſondern weil die Geſetze es ihnen beilegen, **wofern** ſie nicht durch Immixtion darauf Verzicht geleiſtet haben. Wenn alſo die Gläubiger die Thatſache der Immixtion dagegen, als ein ausſchließendes Hinderniß jener Rechtswohlthat, anführen, ſo gehört das offenbar zu ihrer Replik, welche ſie unſtreitig auch zu beweiſen haben ([102]). Man hat aber bei Erörterung dieſer Sache den eigentlichen Punkt, worauf es ankommt, nicht immer genau vor Augen behalten. Die Frage iſt, ob die Gläubiger und Legatarien die von den Kindern geſchehene Immixtion, oder ob dieſe beweiſen müſſen, daß ſie ſich, ohne alle Einmiſchung, der väterlichen Erbſchaft ganz enthalten haben? Wenn nun einige Rechtslehrer hier noch erſt unterſcheiden wollen, ob die Kinder ſich im Beſitz der Erbſchaft befinden oder nicht ([103]), ſo iſt dies im Grunde über-

([102]) *G. L. Böhmer* Diſſ. de ſuo herede ab hereditate ſe abſtinente, c. 3. §. 25. in elect. jur. civ. Tom. I. *J. C. Koch* de liberis heredibus ſuis ad probationem abſtentionis non obligatis. Gieſſae 1776.

([103]) *Müller* ad *Leyſer*. Tom. 4. obſ. 570.

überflüſſig. Durch den Beſitz maßen ſie ſich der Erbſchaft an, folglich iſt ja dadurch die Immix-tion bereits erwieſen; wenn die Kinder nicht andere Gründe dieſes Beſitzes beibringen können (104). Die Controverſe kann nur den Fall betreffen, da die Immixtion nicht ſchon gegen die Kinder als rechtlich erwieſen zu Tage liegt. — Wenn Pufendorf ſich auf Juſtinians Verordnung (105) beruft,

(104) *G. L. Böhmer* cit Diſſ. §. 11. et 26.

(105) L. ult. §. 1. C. *de jure deliberandi* (VI. 30.) Similique modo, ſi non titubante animo reſpuendam, vel abſtinendam eſſe crediderit hereditatem, et apertiſſime intra trium menſium ſpatium, ex quo ei cognitum fuerit ſcriptum ſe eſſe, vel vocatum heredem, (ei) renunciet: nullo nec inventario faciendo nec alio circuitu expectando, ſit alienus (ab) hujusmodi hereditate, ſive oneroſa ſive lucroſa ſit. — §. 14. *ibid.* verb. Si non intra datum tempus recuſaverit hereditatem, omnibus in ſolidum debitis hereditariis teneatur — — ut ſciant omnes, quod omnimodo poſt petitam deliberationem, ſi adierint, vel pro herede geſſerint, vel non recuſaverint hereditatem, omnibus in ſolidum hereditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario propoſito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conſcripſerit et vel adierit hereditatem vel minime

ruft, und vermöge derſelben annimmt, daß der ſuus innerhalb dreier Monathe apertiſſime die Erbſchaft aufgegeben und von ſich abgelehnt haben, folglich auch, daß dies gehörig geſchehen ſey, beweiſen müſſe, ſo iſt eines Theils der Vorderſatz mit dem Sinne der Verordnung nicht ganz übereinſtimmend, und andern Theils würde das daraus hergeleitete Argument, wenn ſich auch gegen die Deutung des Geſetzes, worauf es gegründet wird, nichts erinnern ließe, doch die Sache, wovon hier die Rede iſt, eigentlich nicht treffen. Daß die Ablehnung der Erbſchaft durchaus innerhalb dreier Monathe geſchehen müſſe, iſt der Sinn des Geſetzes nicht (106), ſondern dieſe drey Monathe ſind eigentlich die zum Anfange und zur Vollendung der förmlichen Inventur beſtimmte Zeitfriſt, welche nicht nur der ſogenannte Beneficialerbe, ſondern auch derjenige, welcher ſich des Rechts der

nime eam repudiaverit, non ſolum creditoribus in ſolidum teneatur, ſed etiam Legis Falcidiae beneficio minime utatur.

(106) Dies erhellet auch ſchon aus §. 13. der angeführten Conſtitution, welche ein Jahr, oder wenigſtens neun Monathe zur Ueberlegung freiläßt, und L. 19. C. *ibid.*

der Deliberation bedienen will, zu beobachten hat, und die Worte im §. 1. wollen eigentlich ſo viel ſagen, daß, wenn Jemand, dem dieſe Zeitfriſt der Inventur noch offen war, ſich gleichwohl ſchon beſtimmt — apertiſſime — erklärt hätte, daß er der Erbſchaft entſagt haben wolle, es freilich bei dieſer ſeiner Erklärung ſein Bewenden behalten ſolle (107). Im Ganzen iſt alſo die Regel des ältern Rechts, welche den ſuis uneingeſchränkt das beneficium abſtinendi ſo lange geſtattet, als ſie ſich der Erbſchaft noch nicht immiſcirt haben (108), hier gar nicht geändert worden. Wenn indeß Gläubiger oder Legatarien u. ſ. w. auf eine beſtimmte Erklärung dringen, und der Erbe ſich hiedurch, oder ſonſt bewogen findet, **auf eine Ueberlegungsfriſt anzutragen**, ſo muß er ſich freilich

(107) Weſtphal von Vorleg. und Eröffnung d. Teſtam. u. ſ. w. §. 338.

(108) L. 11. L. 12. D. *de adq. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) Impuberibus liberis omnimodo abſtinendi poteſtas ſit: puberibus autem ita, ſi ſe non immiſcuerint. — Ei qui ſe non miſcuit hereditati paternae, ſive major ſit, ſive minor, non eſſe neceſſe Praetorem adire: ſed ſufficit, ſe non miſcuiſſe hereditati. L. 57. pr. *ibid.*

lich vor Ablauf derſelben erklären, wenn er der gedachten Rechtswohlthat nicht verluſtig werden will. Das iſt es, was die von **Pufendorf** für ſeine Meinung angeführte Conſtitution in §. 14. enthält. Daraus würde denn wohl ſoviel folgen, daß in dieſem Falle einer **nachgeſuchten Deliberationszeit** der Erbe, wenn er demnächſt die Ablehnung der Erbſchaft vorſchützen will, allerdings auch beweiſen müſſe, daß ſolche binnen der gehörigen Zeit von ihm erklärt ſey, keineswegs aber, daß die Kinder **überhaupt** den Beweis der nicht geſchehenen Immixtion übernehmen müſſen, wenn ſie das beneficium abſtinendi für ſich anwenden wollen. Natürlich ſind es aber zwei ganz verſchiedene Dinge, wenn die Gläubiger den Kindern entgegenſetzen, daß ſie den Gebrauch dieſer Rechtswohlthat **verſäumt** hätten, und wenn es darauf ankommt, ob ſie derſelben durch Immixtion bereits entgegengehandelt haben. Für das erſtere gehört die bisher angeführte Conſtitution. Das zweite, wovon hier eigentlich die Rede iſt, ſetzt vielmehr im Gegentheil den Fall voraus, da den Erben das beneficium juris an ſich ſchon zukommt und offenſteht, wenn ſie nicht ſelbſt ſchon das Gegentheil durch Worte oder Handlungen erklärt haben. Hierüber enthält das erwähnte Geſetz durch-

aus

aus keine Beſtimmung, wer den Beweis zu führen habe, und es iſt daher ganz evident, daß die von Pufendorf angeführten Gründe nicht zureichen, um dieſen Punkt gegen die Kinder zu entſcheiden.

Averanius meint, es genüge nicht, daß die Kinder bloß **erklärten**, ſie wollten die Erbſchaft fahren laſſen; ſondern ſie müßten ſie auch wirklich derelinquirt haben, folglich daß dies geſchehen ſey, auch beweiſen. Die Geſetze erfordern aber nichts mehr, als bloße Erklärung, daß man ſich der geſetzlichen Wohlthat bedient haben wolle, und ſelbſt durch den Einwand, welchen die Kinder eben jetzt den Gläubigern oder Legatarien entgegenſetzen, machen ſie von der gedachten Rechtswohlthat für ſich Gebrauch (109). Dieſe Erklärung iſt hier eine rechtsgenügende Dereliction; wie kann alſo noch ein weiterer Beweis derſelben erfordert werden?

Viele Rechtslehrer ſind der Meinung, daß 29
ein Ceſſionar, dem die bekannte lex Anaſtaſiana von dem Schuldner entgegen geſetzt wird, den Beweis übernehmen müſſe, daß er den Belang der For-

(109) L. 21. D. *de auctor. tutor.*

Forderung, ſo wie er ſie jetzt zu verfolgen ſucht, auch wirklich an den Cedenten bezahlt habe ([110]). Nur wenige haben das Gegentheil, und daß eigentlich dem Schuldner der Beweis obliege, daß weniger bezahlt worden ſey, zu vertheidigen geſucht ([111]). Dieſen finde ich kein Bedenken, beizutreten. Die Hauptgründe der erſten Meinung ſind: 1) weil das Geſetz dem Schuldner die Einrede geſtattet, licet inſtrumento ceſſionis venditionis nomen inſertum ſit ([112]) — Allein daraus folgt noch nichts Entſcheidendes für die Frage, wer hier den Beweis zu führen habe, wenigſtens nicht beſtimmt, daß der Ceſſionar damit zu beläſtigen ſey; — 2) weil **Juſtinian** hinzufügt: Sed etſi quis donationem quidem omnis debiti facere ad-

(110) Struben R. B. IV. 190. Schönigahn über die Zuläſſigkeit des Anaſtaſianiſchen Geſetzes. Wolfenbüttel 1802. §. 33. und daſ. angef. DD.

(111) *Lenz* de nominib. et actionib. ceſſ. cap. 25. membr. 4. n. 28. 29. *Mevius* deciſ. VIII. 444. Dieſer nimmt freilich an einer andern Stelle IV. 323. in dem Falle, wenn die Ceſſionsurkunde ganz unbeſtimmt lautet, das Gegentheil an; vergl. auch von Quiſtorp rechtl. Bemerk. II. 66.

(112) L. 22. C. *mandati* (IV. 35.)

adſimulaverit, ut videatur eſſe tota donatio, aliquid autem occulte ſuſceperit, et in hoc caſu tantummodo exactionem ſortiri ejus, *quod datum eſſe comprobetur.* — Allein von wem ſoll dies letztere bewieſen werden? Darüber drückt ſich das Geſetz nicht beſtimmt aus; wohl aber läßt der ganze Zuſammenhang der Stelle weit eher die Erklärung zu, daß derjenige, welcher die äußerlich vorkommende Schenkung als eine geſetzwidrige Simulation betrachtet wiſſen will, und ſich dagegen des Einwandes bedient, daß im Grunde ein Kauf, und zwar ein ſolcher, wodurch Jemand die Forderung für eine geringere Summe an ſich zu bringen geſucht habe, verborgen ſey, allerdings auch die Beweiſe dieſer Thatſachen herbeizuſchaffen ſchuldig ſey. Kann er dies, ſo ſoll der Ceſſionar freilich nicht mehr erhalten, als — quod datum eſſe comprobetur. Erwägt man ferner, daß die Anſprüche des Ceſſionars durch die geſchehene Ceſſion, an ſich betrachtet, ſchon hinlänglich begründet ſind, daß es offenbar zu den Exceptionen oder Repliken des Gegners gehört, wenn die Thatſachen, welche lex Anaſtaſiana vorausſetzt, dagegen eingewandt werden, und daß alſo derjenige, welcher ſich dieſer Ausflüchte bedient, auch den faktiſchen Grund derſelben bewahrheiten müſſe, ſo wird alles dieſes über-

überwiegende Gründe für die zweite Meinung an die Hand geben.

30 Wenn der rechtliche Beſtand eines Handels weſentlich von der Beobachtung einer vorgeſchriebenen Form abhängt, und hierüber Streit entſteht, ſo kommt es darauf an, ob Jemand A) vermöge der Gültigkeit des Vorgangs, oder B) vermöge der Ungültigkeit deſſelben gewiſſe Rechte oder Befreiungen von ſonſt begründeten Anſprüchen Anderer geltend zu machen ſucht.

A) Wer Anträge dieſer Art vermöge der Gültigkeit eines Vorgangs macht, dem liegt es auch ob, den Handel in einer ſolchen Form beizubringen, welche den Vorſchriften des Geſetzes gemäß iſt. Wer z. B. ein Recht aus einem Teſtament verfolgen, oder aus Geſchäften klagen will, die eine obrigkeitliche Beſtätigung, gerichtliche Inſinuation, oder irgend eine andere Förmlichkeit nach Ordnung der Rechte erfordern, dem liegt es unſtreitig ob, zu zeigen, daß alles dieſes beobachtet worden ſey; keineswegs aber kann dem Gegner, ſo lange dieſer bloß in facto das Vorhandenſeyn der Form beſtreitet, der Beweis ihrer Vernachläſſigung auferlegt werden. Dagegen darf auch jener nicht mehr als die äußere Richtigkeit

der

der Form, welche der Grund ſeiner Klage, Einrede u. ſ. w. vorausſetzt, beglaubigen. Geht der Gegner in ſeinen Einwürfen über die Exiſtenz dieſer äußern Form, wodurch der Antrag an ſich ſchon hinlänglich begründet iſt, hinaus, will er z. B. die natürliche oder bürgerliche Fähigkeit des Teſtamentszeugen, der Notarien und Gerichtsperſonen, die als ſolche bei dem Handel vorgekommen ſind, beſtreiten, oder ſonſt Einwürfe gegen die Richtigkeit einer an ſich beglaubigten Form beibringen, ſo iſt er es, dem die Beweisführung in dieſem Betrachte obliegt, weil der andere ſeiner Seits durch Beibringung deſſen, was die äußere Form erfordert, ſeinen Antrag hinlänglich gerechtfertigt hat.

Nach der Lehre **Hommels** (113) ſollen Teſtamente und andere Urkunden, die Jemand aus entfernten Landen beibringt, die rechtliche Vermuthung für ſich haben, daß ſie nach den Geſetzen des Landes oder Orts, wo ſie gemacht worden ſind, zu Recht beſtehen, bis das Gegentheil von dem, der ihre Gültigkeit beſtreitet, bewieſen wird. Er beſtätigt auch ſeine Meinung mit einem Fakultätsſpruche, wodurch ein in Batavia vor einem No-

(113) Rhapſ. quaeſt. obſ. 695.

Notar und zweien Zeugen mündlich erklärter letzter Wille als gültiges Teſtament anerkannt ward. Dagegen iſt aber vielleicht noch Manches zu erinnern. Wer die geſetzlichen Erben mit einem Teſtamente verdrängen, oder überhaupt vermöge deſſelben ein Erbrecht behaupten will, muß unſtreitig einen gültigen letzten Willen in rechtsbeſtändiger Form beibringen, mithin der Regel nach in facto alles darthun, was dieſe Gültigkeit vorausſetzt. Die Vorſchriften der einheimiſchen und recipirten fremden Rechte braucht er freilich dabey nicht zu beweiſen, da ſie der Richter weiß, oder wenigſtens wiſſen muß. Allein welche Form der Handlung in einem fremden Lande, deſſen Geſetze den Richter, der jetzt in der Sache erkennen ſoll, an ſich nicht binden, die er alſo nicht wiſſen darf, beſtimmt, und ob es gerade die ſey, welche die beigebrachte Urkunde darſtellet, iſt ja eine wahre faktiſche Frage, von der gleichwohl der ganze Grund des Anſpruchs abhängt. Wird ſie daher vom Gegner verneinet, ſo muß die Rechtsbeſtändigkeit der Form von dem bewieſen werden, der für ſich ein Erbrecht daraus herleiten will. Immerhin mag dies den Umſtänden nach wahrſcheinlich ſeyn; aber man muß bedenken, daß es hier auf **Rechtsvermuthungen** ankommt, die nur allein vom Beweiſe befreien kön-

können. Dieſe vermißt man unter allen Gründen, welche **Hommel** für ſeine Behauptung anführt, gänzlich. Die Geſetzſtelle, worauf er ſich beruft: Si ſcriptum in inſtrumento fuerit, *promiſiſſe* aliquem, perinde habetur, atque ſi interrogatione praecedente reſponſum ſit (114), und wiederum: Sciendum eſt generaliter, quod ſi quis ſcripſerit, *fidejuſſiſſe*, videri omnia ſolemniter acta (115), weiſen den Richter zwar an, daß ihm die allgemeine Beurkundung eines rechtlichen Geſchäftes in den genannten Fällen ſchon genügen ſoll, um einſtweilen die genaue Beobachtung der beſondern Form, welche zur Gültigkeit erfordert wird, zu vermuthen. Wenn ein Inſtrument einer Bürgſchaft, oder anderen förmlichen Zuſage erwähnt, ſo ſoll vermuthet werden, daß alles geſchehen und ſo erklärt ſey, wie es die dem Richter bekannten Rechte bei dieſen Geſchäften erfordern. Allein dies berechtigt ihn noch nicht, ohne rechtlichen Beweis auch die auswärtige geſetzliche Form ſelbſt gerade ſo zu vermuthen, und als richtig anzunehmen, wie ſie die bei ihm angebrachte Handlung mit ſich bringt. Den Rechten nach wird man daher

(114) §. 17. I. *de inutil. ſtipul.* (III. 20.)

(115) L. 30. D. *de V. O.* (XLV. 1.)

her hier eine, der Behauptung **Hommels** entgegenſtehende Regel als richtig annehmen müſſen. Dieſe hat auch die **Preußiſche** Gerichtsordnung (116) als rechtmäßig anerkannt, und daher ausdrücklich vorgeſchrieben: „Wenn hingegen über ein Geſchäft geſtritten wird, welches nach fremden Landesgeſetzen, die der Richter zu kennen nicht ſchuldig iſt, beurtheilt werden muß, und es darauf ankommt, was dieſe Geſetze für den vorliegenden Fall eigentlich verordnen, ſo muß darüber, **ſo wie über eine andere Thatſache**, Beweis aufgenommen werden.“ — Nur dann würde freilich derjenige, der die Gültigkeit eines auswärtigen Geſchäfts beſtreiten wollte, auch den Beweis durch Beibringung der Geſetze übernehmen müſſen, wenn er bei rechtlichen Handlungen, die an ſich und ſchon nach dem Vernunftrechte eine volle Rechtswirkung haben, auch gewöhnlich an keine beſondere poſitive Form gebunden ſind, dennoch die Gültigkeit derſelben nach den Geſetzen des Landes, wo ſie vorgegangen ſind, beſtreiten, oder überhaupt mittelſt einer Einrede den Mangel einer beſtimmten geſetzlichen Form vorſchützen wollte. Die Regel des Geſchäfts an ſich würde ihm alsdann entgegen ſeyn,

(116) I. 10. 53.

ſeyn, die Behauptung dagegen aber keine Vermuthung vor ſich haben. Dies läßt ſich jedoch auf bloß bürgerliche Inſtitute, wie die Teſtamente ſind, nicht anwenden. Wer auf dieſe einen Anſpruch gründet, muß auch beweiſen, daß ſie völlig legal und gültig gemacht ſind.

Leyſer ([117]) behauptet, daß die gehörige Bekanntmachung eines Geſetzes allemal zu vermuthen ſey. Andere vertheidigen das Gegentheil ([118]). Vorausgeſetzt, daß es an der rechtlichen Gewißheit der Bekanntmachung eines Geſetzes fehlt, ſo verdient die letztere Meinung unſtreitig den Vorzug, — da dieſe Bekanntmachung eine Thatſache iſt, mithin, wenn ſie geleugnet wird, allerdings Beweis erfordert. Daß irgend eine Rechtsvermuthung von dieſem Beweiſe befreie, wird man nicht darthun können. Anders verhält ſich die Sache, wenn Jemand nur die gehörige Art der Bekanntmachung beſtreiten wollte. Entweder würde der Streit dann nur eine Rechtsfrage betreffen, die

([117]) med. ad Pand. 7. 3. vergl. vol. 12. ſuppl. 1. ſpecim. 7. med. 16.

([118]) *Müller* ad *Leyſer.* Tom. I. obſ. 14. Glücks Pandekten. Th. 1. §. 20.

die keinen Gegenſtand der gerichtlichen Beweisführung abgeben kann, oder er würde doch wenigſtens den Grund ſeiner beſondern Behauptung zu erweiſen haben.

31 Bisher iſt davon geredet worden, wenn Jemand aus Geſchäften, deren Gültigkeit von der Beobachtung gewiſſer Formen abhängt, Rechte oder Befreiungen durch Klagen und Einreden, oder ſolchen gleich zu ſchätzende Anträge, geltend zu machen ſucht, der Gegner aber die Gültigkeit des Handels in Anſehung der Form nicht einräumt. Jetzt wird der andere Fall zu beſtimmen ſeyn, da ein ſtreitender Theil den rechtlichen Beſtand irgend eines Vorgangs nicht bloß gegen Klagen oder Einreden Anderer ableugnet, ſondern vielmehr

B) ſelbſt, vermöge der Ungültigkeit eines Geſchäfts, Rechte oder Befreiungen verfolgen, mithin den Handel durch Klagen, oder denſelben hier gleich zu ſchätzende Anträge als nichtig anfechten will. Hier muß der, welcher dieſe Anträge macht, wie jeder andere Kläger oder Beklagte, den Grund ſeiner Klage oder Einrede gehörig darthun. Nicht, weil in zweifelhaften Fällen die Gültigkeit rechtlicher Geſchäfte zu vermuthen iſt. Dies pflegt zwar bei dieſer Gelegenheit nicht ſelten

als

als Grundſatz vorzukommen, iſt aber in keinem Geſetze als Regel vorgeſchrieben (119); und an der

(119) Von §. 17. I. *de inutil. ſtipulat.* und L. 30. D. *de V. O.*, welche gewöhnlich als Sanctionen dieſer Vermuthung angeführt werden, iſt dies eben gezeigt worden. Daſſelbe gilt auch von §. ult. I. *de fidejuſſorib.* (III. 21.) In ſtipulationibus fidejuſſorum ſciendum eſt, hoc generaliter accipi: ut quodcunque ſcriptum ſit quaſi actum, videatur etiam actum. Ideoque conſtat ſi quis ſcripſerit ſe fidejuſſiſſe: videri omnia ſolemniter acta, — und von L. 14. C. *de contrah. et committ. ſtipulat.* (VIII. 38.), welche im Weſentlichen gleichen Inhalts iſt. Alle dieſe Geſetzſtellen enthalten nichts weiter, als daß den mit Zuſtimmung der Parteien über ein rechtliches Geſchäft gefertigten Aufſätzen, auch in Anſehung deſſen, was ſie wegen der äußern Form auch als wirklich beobachtet anführen, z. B. die Gegenwart der Zeugen, der Contrahenten, oder eines Knechts, anſtatt ſeines Herrn, geglaubt werden, und daß der, welcher nachhin die faktiſche Richtigkeit ſolcher Angaben, z. B. ob der zugezogene Sklave auch wirklich dem Contrahenten zugehört habe, beſtreiten wollte, den Beweis dieſes Einwandes führen müſſe. Dies iſt alſo von jener allgemeinen Rechtsvermuthung für die Gültigkeit der Rechtsgeſchäfte überhaupt noch weit entfernt.

der Schlußfolge: Weil ſo viele Teſtamente u. ſ. w. gültig gemacht werden, alſo iſt auch Titii letzter Wille für vollkommen rechtsbeſtändig zu achten, dürfte wohl ſehr zu zweifeln ſeyn. Zur Begründung jener Beweispflicht genügt es vielmehr ſchon, daß die Ungültigkeit eines Geſchäfts **nicht** zu vermuthen iſt, woraus denn von ſelbſt folgt, daß, wer als *petitor* **dagegen** auftritt, und durch **Klagen** oder **Einreden** ſolches **anzufechten** ſucht, auch Beweiſe beibringen muß, um die behauptete Ungültigkeit, ſoweit ſie faktiſch iſt, wahr zu machen (120).

Nach

(120) L. 5. §. 1. D. de probat. Si quis negat emancipationem recte factam probationem ipſum praeſtare debere. Wollte man dies Geſetz im Allgemeinen, wie es wörtlich daſteht, wider einen Jeden, der die Gültigkeit des Geſchäfts beſtreitet, anwenden, ſo würde es mit andern unleugbaren Grundſätzen des Rechts in Widerſpruch gerathen. Man vergleiche z. B. auch L. 23. D *eod.* Es würde daraus folgen, daß, wenn aus einer Schenkung über 500 Solidos geklagt wird, nicht dem Kläger die Beibringung einer gerichtlichen Inſinuation, ſondern dem Beklagten der Beweis, daß dieſe nicht geſchehen ſey, auferlegt werden müſſe. Natürlich kann alſo cit. L. 5. §. 1. nur da in der hier angenom-

Nach dieſen bei A. und B. bemerkten Grund- 32
ſätzen wird alſo die Beweisführung ohne weitere Schwierigkeit zu beſtimmen ſeyn, wenn in vorkommenden Fällen die Erbfolge gegen ein angeblich vorhandenes Teſtament durch Klagen oder Einreden geltend gemacht ([121]), oder umgekehrt, der geſetzliche Erbe durch irgend eine Verfügung des Verſtorbenen über ſeinen Nachlaß ausgeſchloſſen werden ſoll.

Vorzüglich aber kann hier die nähere Beantwortung der Frage zu einiger Erläuterung dienen, was in Anſehung des Beweiſes Rechtens ſey, wenn Sachen der Minderjährigen veräußert worden ſind, und dieſe Veräußerung in der Folge wegen nicht beobachteter geſetzlicher Form als ungültig angefochten wird. Muß von Seiten des Minderjährigen die Ungültigkeit, oder von dem Gegner die Gültigkeit der Veräußerung bewieſen werden? Daran iſt wohl nicht zu zweifeln, daß, wenn gegen den Minderjährigen auf Erfüllung des Handels ge-

nommenen Vorausſetzung, ingleichen bei den faktiſchen Gegenbehauptungen, deren vorhin ad A. n 30. zu Anfange iſt erwähnt worden, in Anwendung kommen.

([121]) L. 11. C. de *probat.* (Note 31.)

geklagt wird, alsdann der Kläger das Geſchäft in gültiger Form beibringen, folglich die gehörige Beobachtung der letztern, wie es im Allgemeinen bei A. n. 30. vorgekommen iſt, jedoch mit den dort bemerkten Einſchränkungen, beweiſen müſſe ([122]). Streitiger iſt die Frage im umgekehrten Falle, wenn der Minderjährige als Kläger die Veräußerung anzufechten ſucht. **Cocceji** ([123]) will auch hier dem Beſitzer den Beweis der gültigen Veräußerung auferlegt wiſſen. **Voet** ([124]) geht hiebei von einem Grundſatze aus, der ſich ſchwerlich rechtfertigen läßt, daß in zweifelhaften Fällen zum Beſten der Minderjährigen allemal zu vermuthen ſey, daß die Veräußerung ungültiger Weiſe vorgenommen wäre; doch lenkt er danächſt wieder ein, und unterſcheidet, ob ſelbſt die Ertheilung des obrigkeitlichen Dekrets, oder die Bedingung der Rechtsbeſtändigkeit deſſelben, z. B. die rechtliche Urſache zur Veräußerung, beſtritten werde. Jene müſſe der Beſitzer der Sachen, dieſe aber der Minderjäh-

(122) Daß L. 5. §. 1. D. de *probat.* dem Minderjährigen hier nicht entgegengeſetzt werden könne, erhellet aus der vorigen Note 120.

(123) Jur. controv. tit. de reb. eor. qui ſub tut. qu. 1.

(124) Commentar. ad Pand. eod. tit. §. 11.

jährige beweiſen. Dies letztere hat freilich ſeine Richtigkeit, da alsdann die Beobachtung der Form öffentlich beglaubigt gegen den Minderjährigen vorhanden iſt, folglich wenn er gleichwohl dagegen behauptet, daß Unrichtigkeiten dabei obgewaltet hätten, er dieſe unſtreitig beweiſen muß; wie das auch die Geſetze ſelbſt deutlich vorſchreiben (125). Allein eben ſo wird es überhaupt, und mithin auch in Anſehung des erſten Punkts als Regel anzunehmen ſeyn, daß der Minderjährige, wenn er durch Klagen oder Einreden die geſchehene Veräußerung anzufechten ſucht, den Beweis der Thatſachen beibringen müſſe, worauf dieſe Ungültigkeit ſich gründen ſoll. Denn einmal beſtimmen jene Thatſachen doch den Grund des Antrags, den er geltend zu machen ſucht, und zweitens haben die Geſetze ihn in dieſem Betrachte nirgends begünſtigt,

(125) L. 1. §. 2. D. *de reb. eor. qui ſub tut.* (XXVII. 9) verb. manente pupillo actione, *ſi poſtea potuerit probari obreptum eſſe Praetori.* L. 5. §. 15. *ibid.* Manet actio pupillo, ſi poſtea poterit probari, obreptum eſſe Praetori. Sed videndum eſt, utrum in rem, an in perſonam dabimus ei actionem? Et magis eſt, ut in rem detur, non (tantum) in perſonam adverſus tutores ſive curatores.

ſtigt, mithin muß es bei dem geſetzlich anerkann-ten Grundſatze ([126]) auch hier ſein Bewenden be-halten. In der von **Voet** dagegen angeführten L. 13. §. 2. D. de publ. in rem act. (VI. 2.) heißt es zwar: Qui a pupillo emit, probare debet, tutore auctore lege non prohibente ſe emiſſe; ſed etſi deceptus falſo tutore auctore emerit, bona fide emiſſe videtur. Allein dies Geſetz handelt, wie der Zuſammenhang der ganzen Stelle deutlich zeigt, von dem Falle, da der Käufer der Sachen eines Minderjährigen ſolche klagend actione publiciana verfolgen will. Hier muß er freilich ſein dominium praeſumtum, mithin auch den Erwerb der Sache in rechtlicher Form beibringen, wie das den vorhin angeführten Grundſätzen gemäß iſt — L. 1. §. 13. D. de magiſtrat. conven. (XXVII. 8.) verb. probatio autem non pupillo incumbit, ut doceat fidejuſſores ſolvendo non fuiſſe, quum acciperentur ſed magiſtratibus, ut doceant eos ſolvendo fuiſſe — kann für die Meinung des **Voet** kein tüchtiges Argument an die Hand geben, da dort, wie beſonders auch aus den vorhergehenden Worten des Geſetzes erhellet, dem Beklagten der Be-

([126]) L. 5. §. 1. D. de probat., die in dieſen Verhältniſſen völlig anwendbar iſt. S. die Note 120.

Beweis deſſen auferlegt ward, was in der That zum Grunde ſeiner **Einreden** gehörte, indem ſonſt die Klage an ſich ſchon völlig gegen ihn begründet war; wovon vorhin ſchon ausführlicher geredet worden iſt; dahingegen hier ſelbſt der Grund des Antrags, welchen der Minderjährige macht, von der Ungültigkeit des Handels abhängt; L. 25. §. 1. D. de probat., welche **Voet** gleichfalls für ſich anführt, handelt von der condictio indebiti wegen einer von dem **Pupillen ſelbſt** oder von dem **Minderjährigen ohne Vormund** geſchehenen Zahlung; und legt dem Empfänger den Beweis der wirklich vorhanden geweſenen Schuld auf. Man ſieht ſehr leicht, daß das hier gar nichts entſcheiden kann. Jene Zahlung iſt, was den Pupillen anbetrifft, an ſich ſchon ungültig (127), und bei Minderjährigen tritt die Betrachtung ein, daß ſie leicht aus Unüberlegtheit etwas weggegeben haben können, wozu ſie eigentlich nicht verpflichtet waren. In beider Rückſicht liegt alſo bereits in facto ein Vorgang zu Tage, der an ſich den Empfänger nicht ſchützen kann oder ſoll, wofern er nicht zu beweiſen vermag, — was ihm mit Recht zur Pflicht gemacht iſt — daß er gleichwohl das

(127) §. ult. I. quib. alienare licet. (II. 8.)

Gezahlte wirklich zu fordern hatte. Hingegen hier iſt es noch ſtreitig, und ſoll erſt ausgemacht werden, wie die Veräußerung einer Sache, welche der Minderjährige als ſein voriges Eigenthum in Anſpruch nimmt, geſchehen, ob die geſetzliche Form dabei beobachtet ſey oder nicht. Man kann noch nicht ſagen, wie dort, daß der Vorgang an ſich ohne rechtliche Wirkung für den Beſitzer ſey, ſondern die Thatſachen, welche das eine oder das andere rechtfertigeu können, ſind noch ſtreitig und ſollen erſt beigebracht werden. Die Gründe alſo, welche in jenem Falle den Beweis auf den Empfänger bringen, geſtatten hier keine Anwendung.

Wer ein gewiſſes Recht an ſich gehörig be-
33 gründet hat, darf es auch mit allen ſeinen Folgen, und in ſeinem ganzen Umfange ſich zueignen, und vom Gegner den Beweis irgend einer Ausnahme oder Einſchränkung erwarten. Der Käufer oder der Pachter eines Grundſtücks kann unſtreitig das Recht, welches ihm der erwieſene oder nicht geleugnete Contrakt gibt, auf alles, was als Theil und Zubehör des gekauften oder gepachteten Guts zu betrachten iſt, ausdehnen. Allemal aber iſt zuvörderſt in vorkommenden Fällen erſt aufs Reine zu bringen: a) Was eigentlich als Gegenſtand des Con-

Con-

Contrakts überhaupt beſtimmt ſey, b) in wiefern das ſtreitige Stück dazu gehöre. In beider Rückſicht liegt dem Käufer oder Pachter der Beweis ob. Dann folgt c) der von dem Verkäufer oder Verpachter zu führende Beweis der Ausnahmen, des beſondern Vorbehalts u. ſ. w. — Nur in dieſer Ordnung der Dinge würde es ſich haben rechtfertigen laſſen, als dem Vermiether einer Wohnung in dem Streite mit ſeinem Miethmanne über eine Kammer der Beweis auferlegt ward, daß dieſe Kammer nicht mit vermiethet worden ſey.

In einem andern Rechtsſtreite kam der Fall vor, daß ein Pachter geſtändlich bei ſeinem Abzuge die Krippen aus dem Pferdeſtall weggebrochen und mitgenommen hatte. Mußte er beweiſen, daß dieſe Krippen die ſeinigen wären; oder lag dem klagenden Verpachter der Beweis ob, daß dieſe Krippen bei der Uebergabe des Guts an den Pachter in dem Pferdeſtall vorhanden geweſen, oder wenigſtens während der Pachtzeit auf Klägers Koſten angeſchafft, und dem Beklagten nachgeliefert worden. Die Richter erſter Inſtanz fanden jenes den Rechten gemäß. Der Pachter wandte aber ein Rechtsmittel dagegen ein. Die Juriſtenfakultät, an welche die Akten gelangten, erkannte für

ihn,

ihn, und legte vielmehr dem Verpachter den erwähnten alternativen Beweis auf. Nach meiner Ueberzeugung war dieſe Entſcheidung allerdings gerecht, obgleich in der folgenden Inſtanz das erſte Urtheil wieder hergeſtellt ward. Das Pachtinventarium gab über die Sache keine beſtimmte Auskunft. Ob es nun gleich gewiß iſt, daß die zur Zeit der Verpachtung eines Pferdeſtalls darin befindlichen Krippen als mitverpachtet angeſehen werden müſſen, und daher der Verpachter ohne bedungenen Vorbehalt ſolche dem Pachter während der Pachtzeit nicht entziehen dürfe, ſo kann doch aus dem Vorhandenſeyn der Krippen zur Zeit der geendigten Pacht noch nicht die rechtliche Gewißheit gefolgert werden, daß ſie auch ſchon beim Anfange der Pacht dort vorhanden geweſen, und als Pachtſtücke dem Pachter mit übergeben, oder ihm in der Folge vom Verpachter nachgeliefert ſind. Zwar kann ein Pferdeſtall als ſolcher nicht füglich ohne Krippen genutzt werden, aber darum kann doch ein Gebäude im gemeinen Leben nach ſeiner erſten Beſtimmung, oder ſeinem bisherigen Gebrauche gar wohl die Benennung eines Pferdeſtalls bekommen und behalten, wenn gleich die dazu erforderlichen Krippen nicht darin vorhanden ſind. Der Kläger war alſo unſtreitig verbunden, den zu ſei-

nem

nem Klagegrund gehörigen, aber vom Gegner immer geleugneten Umſtand, daß ein mit Krippen verſehener Pferdeſtall — equile inſtructum — dem Pachter übergeben, oder jene wenigſtens nachgeliefert worden, vor allen Dingen erſt zu beweiſen, ehe und bevor er die geſetzliche Vorſchrift, welche dem Pachter nicht geſtattet, die ihm zum Gebrauch überlaſſenen Sachen unter dem Vorwande des Eigenthums zurückzuhalten ([128]), für ſich geltend machen durfte.

Das bisher Geſagte gilt ſowohl vom Kläger 34
als auch vom Beklagten in Beziehung auf ihre gegenſeitigen Anträge. Keiner braucht ſich mehr und etwas anders zu beweiſen aufbürden zu laſſen, als was die Begründung ſeines Antrags erfordert. Es kommt jedoch a) in den Klagevorträgen oft Manches vor, was eigentlich nicht zum Fundament der Klage gehört und b) unter der Benennung exceptio oder Einrede findet ſich häufig in den Antworten des Beklagten nur eine Beſtreitung deſſen, was eigentlich der Kläger als fundamentum agendi zu beweiſen hat. Wiederum ſuchen auch c) die

Be=

([128]) L. 25. C. de *locato cond.* (IV. 65.) vergl. Beitr. zu d. Lehre von gerichtl. Klag. u. Einreden II. u. III. 14.

Beklagten nicht ſelten eigentliche Einreden in der Form eines bloßen Ableugnens vorzubringen, um dadurch der Laſt des Beweiſes zu entgehen. Alles dieſes muß natürlich zu Verwirrungen Anlaß geben, wenn der Richter nicht, durch gründliches Studium der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden geleitet, dieſe Punkte genau zu unterſcheiden weiß, ſondern in den Fällen a und c dem Kläger, hingegen bei b) dem Beklagten den Beweis auflegt.

Der Kläger kann zwar, wie die Urtheilsverfaſſer in einem gewiſſen Rechtsſtreite ſehr richtig bemerkten, zu mehrerer Sicherung ſeines Geſuchs den Ausflüchten des Beklagten ſchon zum voraus in der Klage das Nöthige entgegenſetzen (129). Allein dadurch wird dieſe in die Klage mit aufgenommene Replik weder ein Theil des eigentlichen Klagegrundes, noch kann ſich der Beklagte dadurch, daß er peremtoriſche Einreden in der Geſtalt einer verneinenden Beantwortung der anticipirten Replik vorbringt, von der Verbindlichkeit, ſeine

(129) *Wernher* ſelect. obſervat. VI. 326. *Schaumburg* princip. prax. I. 1. 5. Vorzüglich iſt *Berger* elect. proc execut §. 48. ſeq. über den Zweck und Nutzen dieſer anticipirten Replik nachzuleſen.

ſeine Einreden zu beweiſen, freimachen. — Der Kläger, z. B. fordert die Zahlung der Hauptſchuld mit den Zinſen, ſieht aber die Einrede voraus, daß Beklagter ihm jene Zahlung angeboten, hingegen er die Annahme abgelehnt habe. Daher wird in der Klage mit angeführt, daß dies Anerbieten a) zur Unzeit, b) nicht in der ſchuldigen Quantität und Qualität geſchehen ſey. Beklagter leugnet nun beides in facto. Dies kann ihn aber nicht von dem Beweiſe befreien, daß er die Zahlung zur rechten Zeit, beſonders aber in der gehörigen Eigenſchaft angeboten habe. Denn gerade das iſt der faktiſche Grund ſeiner Einrede (130). Der Richter würde alſo ſehr unrecht handeln, wenn er in beider Rückſicht dem Kläger den Beweis auflegen wollte. Eben ſo, wo nicht noch mehr auffallend ungerecht war es, als einem Bürger, der die Aufnahme in eine Innung verlangte, und in der Klage anführte, daß die Zunft ihm ſolche widerrechtlich verweigere, der Beweis des von dem Beklagten bloß geleugneten Umſtandes, daß die **verlangte Aufnahme widerrechtlich verweigert werde**, auferlegt wurde, da es doch offenbar

zu

(130) L. 122. pr. D. de V. O. (XLV. 1.) L. 9. C. *de ſolut.* (VIII. 43.) L. 72. §. 2. D. *eod.* (XLVI. 2.)

zu den Einreden des Beklagten gehörte, rechtliche Gründe der Abweiſung des Klägers beizubringen [131].

35 Im Gegentheil würde es auch eine widerrechtliche Beläſtigung des Beklagten ſeyn, wenn ihm, ob er gleich eigentlich nur die Wahrheit des Klagegrundes oder der Replik ableugnete, dennoch der Beweis ſeiner Gegenbehauptung auferlegt würde. Der Ausdruck exceptio, deſſen ſich die Advokaten des Beklagten häufig bedienen, wo es im genauen Verſtande nicht ſeyn ſollte, oder wohin der Kläger die Sache oft abſichtlich zu lenken ſucht, kann leicht Gelegenheit zu dergleichen Mißdeutung geben. Unſtreitig wäre es beſſer, bei der Gegenrede des Beklagten, daß Kläger den Contrakt, woraus er klage, ſelbſt noch nicht erfüllt habe, die Benennung *exceptio* non impleti contractus gar nicht zu gebrauchen, da es eine bloße Ableugnung — inficiatio — iſt, und man alsdann nicht nöthig haben würde, hier erſt Gründe zu einer beſondern Ausnahme von der Regel, daß der Beklagte ſeine Einreden beweiſen müſſe, hervorzuſuchen. Wenn man inzwiſchen bei dieſer Gegenbehauptung des Beklagten,

(131) vergl. auch cap. ult. x. de *praeſumt.* S. die Note 13. des vorigen fünften Aufſatzes.

ten, darüber wohl einverſtanden iſt, daß ſie den Beweis auf den Kläger bringe, ſo leuchtet das doch in andern Fällen nicht ſogleich einem jeden Richter ein, und da kann es denn an unrichtiger Leitung des Verfahrens nicht fehlen. In einem Rechtshandel wegen einer Glaslieferung forderte der Kläger eine gewiſſe Geldſumme für angeblich an Beklagten verkauftes Glas. Der Beklagte geſtand zwar, Glas von dem Kläger erhalten zu haben, behauptete aber dagegen, a) daß der Kläger es ihm unverlangt zugeſandt habe, b) daß dieſes Glas größten Theils ſchadhaft und unbrauchbar geweſen ſey, und daß er daher c) dem Kläger gleich habe andeuten laſſen, er würde es nicht behalten, ſondern der Kläger müſſe es wieder abholen laſſen. Hier mußte ad a) nicht dem Beklagten, ſondern zuvörderſt dem Kläger der Beweis auferlegt werden, daß der Handel über das Glas zwiſchen ihm und dem Beklagten zu Stande gekommen ſey, denn dies war der Grund der Klage, den aber der Beklagte durch die erwähnte Gegenbehauptung leugnete. Das Anführen, daß ihm das Glas unverlangt zugeſchickt ſey, konnte nicht bloß als eine vom Beklagten zu beweiſende exceptio behandelt werden, da ſie in der That nur noch eine wahre Ableugnung des faktiſchen Klagegrundes in ſich

faßte.

faßte. Sie gehörte daher in dem den Beklagten nur freizulaſſenden Gegenbeweis, und erſt dann, wenn Kläger den geſchloſſenen Kauf bewieſen hatte, konnte es auf die Einrede der fehlerhaften Waare ankommen.

36 Daß der Richter durch den Ausdruck exceptio ſehr leicht verleitet werden könne, Jemanden die Beweisführung aufzulegen, der ſie eigentlich nicht zu übernehmen hatte, zeigt die Erfahrung, beſonders auch bei der oft ſchwankenden exceptio rei non ſic ſed aliter geſtae. Sibeth (132) erzählt davon folgenden merkwürdigen Rechtsfall. Ein abziehender Pachter klagte gegen den Verpachter aus einer angeblichen Verabredung, daß der Beklagte ihm für Abfuhr des Düngers auf ſeinen Acker eine beſtimmte Vergütung zu zahlen habe. Kläger behauptete, ſeiner Seits die gedachte Abfuhr geleiſtet zu haben, und forderte dafür die nach Zahl der Fuhren ihm verſprochene Vergeltung. Der Be-

klagte

(132) Skizze einer neuen Theorie der Klagen und deren Beſtreitungen 1ſter Nachtrag Seite 54 u. ſ. w. Ich habe bereits über dieſe leſenswerthe und an trefflichen Bemerkungen überaus reichhaltige Schrift meine Meinung öffentlich geſagt, im 50ſten Bande der N. A. D. Biblioth. worauf ich mich hier beziehe.

klagte führte dagegen mittelſt exceptionis rei non ſic ſed aliter geſtae an, daß Kläger zwar den Dünger auf den Acker, nicht aber auf das eigentlich in der Verabredung beſtimmte Ackerſtück am See gebracht habe. Nun ward dem Beklagten im Urtheile der Beweis auferlegt, „daß das beſtimmte Ackerſtück zum Aufbringen des Düngers verabredet ſey.“ Dies war unrichtig erkannt. Der Beklagte hatte zwar nicht geleugnet, daß der Dünger auf den Acker gebracht worden ſey, aber er hatte doch auch dem Kläger nicht zugeſtanden, daß die Verabredung uneingeſchränkt in Anſehung des Ackers überhaupt geſchehen ſey, vielmehr war gerade dieſer zum Klagegrund gehörende Punkt durch die exceptio rei non ſic ſed aliter geſtae dem Kläger abgeleugnet worden. Dieſer mußte ihn alſo vor allen Dingen beweiſen. Freilich würde der Beklagte in ſeiner Antwort vorſichtiger gehandelt haben, wenn er ſtatt des Ausdrucks jener Einrede ſich beſtimmter ſo erklärt hätte: Ich geſtehe zwar, daß für die Abfuhr des Düngers ſo viel verabredet, und daß dieſer auf meinen Acker gekommen ſey; ich leugne aber, daß das pactum zwiſchen uns uneingeſchränkt geſchloſſen, und dem Gegner die Wahl überlaſſen ſey, den Dünger beliebig auf ein Ackerſtück zu fahren; reprobando werde ich darthun,

daß

daß der Dünger nach dem entferntern Acker am See hätte hingebracht werden ſollen.“ Im Grunde lag aber alles dieſes doch auch ſchon in der Antwort des Beklagten, wie er ſie ertheilte, und der Richter hätte ſich durch den hier etwas unſchicklich gebrauchten Ausdruck exceptio nicht verführen laſſen ſollen.

37 II. Nicht genug aber, daß eine gewiſſe Thatſache zur Begründung des Antrags einer Partei gehöre, wovon bisher gehandelt worden iſt; ſondern es wird auch, wenn von der **Nothwendigkeit** des Beweiſes die Rede iſt, erfordert, daß dieſer Antrag jetzt wirklich geltend gemacht werden ſoll. Um dies gehörig zu beſtimmen, und hiernach die Ordnung, in welcher die Laſt des Beweiſes bald dieſem bald jenem ſtreitenden Theile aufzulegen ſey, veſtzuſetzen, wird es nöthig ſeyn, auf die Beſchaffenheit und das gegenſeitige Verhältniß der verſchiedenen Anträge der Parteien zurückzugehen.

Der Kläger iſt freilich, was den faktiſchen Klagegrund anlangt, in ſofern dieſer beſtritten wird, der erſte, den in der Laſt der Beweisführung die Reihe trifft. Nach der bekannten Regel: actore non probante reus abſolvitur, kann auch,

so

ſo lange dieſer Beweis noch nicht geführt iſt, vom Beweiſe der Einreden, der Replik und Duplik als nothwendig betrachtet die Rede nicht ſeyn.

Auf die Klage folgt die Antwort des Beklagten; ſie ſey nun wirklich, oder ſie wird wenigſtens zur Strafe ſeines Ungehorſams als ertheilt angenommen. Das letztere hat natürlich in Anſehung des Beweiſes mit der wirklich ertheilten Antwort in der Maße, wie die Geſetze ſolche als gegeben annehmen, gleiche Wirkung. Wenn nun der Beklagte a) den faktiſchen Grund der Klage zugeſteht, aber Einreden dagegen vorſchützt, ſo befreit er den Kläger von der Laſt des Beweiſes, die jetzt ihm, dem Beklagten, allein aufzulegen, wobei aber dem Kläger der Gegenbeweis nicht als Schuldigkeit aufzugeben, jedoch immer freizulaſſen iſt. In Prozeßarten, welche ein executiviſches Verfahren zulaſſen, aber eben darum auch als Ausnahmen von der Regel zu betrachten ſind, hat der Richter freilich auf Einreden, die zur Zeit des abzufaſſenden Urtheils nicht ſchon liquid ſind, gegen eine zugeſtandene, oder mit Erfolg nicht weiter abzuleugnende Forderung des Klägers, keine Rückſicht zu nehmen (133). Außerdem aber bleibt es bei der Re-

(133) Siberh a. a. O. S. 34.

Regel, daß der Beklagte, bevor er unbedingt verurtheilt werden kann, erſt mit dem Beweiſe ſeiner Einreden, inſofern dieſe nicht an ſich ſchon ganz ungültig ſind, gehört werden (134) müſſe. In der Form iſt es gleichgültig, ob ſchlechthin nur auf dieſen Beweis mit Vorbehalt des Gegenbeweiſes erkannt wird, z. B. **Würde Beklagter ſeine Einrede, daß er ſich mit Klägern angezeigter Maßen verglichen habe, darthun, ſo erginge mit Vorbehalt des vom Kläger zu führenden Gegenbeweiſes weiter was Rechtens;** oder ob das Urtheil definitive, mit gehörigem Anhange wegen des Beweiſes der Einreden abgefaßt wird: Daß Beklagter die eingeklagte Anleihe der .... Rthlr. ſammt den rückſtändigen Zinſen und verurſachten Prozeßkoſten zu bezahlen ſchuldig; er könnte und wollte denn rechtlich erweiſen, daß u. ſ. w. deſſen genöſſe er noch billig, und erginge ſodann, jedoch mit Vorbehalt des vom Kläger zu führenden Gegenbeweiſes, weiter u. ſ. w.

Werden aber b) die zum Klagegrund gehörenden Thatſachen, nach den Verhältniſſen, wie ſie

(134) Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einred. I. Seite 63. der 3ten Ausg.

ſie der Klage zum Grunde liegen, ſie mögen übrigens im Vortrage der letztern mit angeführt ſeyn oder nicht, ganz oder zum Theil von dem Beklagten abgeleugnet, und zwar aa) ohne ſonſt noch Einreden dagegen vorzuſchützen; ſo iſt dem Kläger der Hauptbeweis des Abgeleugneten zur Pflicht zu machen, dem Beklagten aber der Gegenbeweis, nicht aufzulegen, ſondern nur freizulaſſen. Werden aber

bb) zugleich auch Einreden gegen die Klage vorgebracht, ſo iſt auch hier zuvörderſt dem Kläger der Beweis deſſen, was zur Begründung ſeiner Klage gehört, und vom Beklagten geleugnet wird, aufzugeben. Der Beklagte iſt hingegen den Rechten nach nicht ſchuldig, auch jetzt ſchon den Beweis der Einreden zu übernehmen, da er vielmehr erſt den Beweis der Klage abwarten darf, wie bereits vorhin N. 6. mit mehrern gezeigt worden iſt, und ich beziehe mich deshalb beſonders auf die in der 14ten Note ſchon angeführten Geſetzſtellen, welche hierüber deutlich entſcheiden. Alſo kann 1) dem Beklagten der Einreden-Beweis nicht früher ſchon eigentlich zur Pflicht gemacht werden. Es iſt aber auch 2) nicht weniger unrichtig, wenn die Richter, indem ſie hier auf Be-

weis der Klage erkennen, zugleich die Bewahrheitung der Einreden mit in den Gegenbeweis des Beklagten nehmen laſſen wollen. Der Beweis der Einreden iſt kein Gegenbeweis, ſondern ſo gut ein offenſiver Beweis, als die Begründung der Klage, und dem Kläger muß wider die verſuchte Ausführung der Einreden unſtreitig auch der Gegenbeweis geſtattet werden ([135]). Durch jenen Fehlgriff der Urtheilsfaſſer würde aber eines Theils der Kläger dieſen ihm zukommenden Gegenbeweis verlieren, und andern Theils würde alsdann der dem Beklagten bloß freizulaſſende Gegenbeweis in Anſehung des Klagegrundes, und der ihm obliegende Beweis der Einreden nicht gehörig von einander unterſchieden werden. Sibeth will daher nicht nur die Beweisſätze gehörig getrennt, ſondern auch die Zeit der Beweisantretung verſchieden beſtimmt wiſſen, und gibt dafür folgende Form als zweckmäßig an: Würde Kläger, ſalva rei reprobatione, beweiſen, daß er dem Beklagten 100 Thaler geliehen habe, ſo wäre Beklagter ſchuldig zu zahlen; er könnte denn demnächſt, ſalva actoris reprobatione beweiſen, daß er die erwähnte Schuld bereits

([135]) Sibeth a. a. O. 1ſter Nachtrag S. 29. Thibaut Syſtem des Pand. R. §. 633. u. daſ. angef. DD.

bereits an Klägern bezahlt habe u. ſ. w. Gegen dieſe Form läßt ſich nur das erinnern, daß in der Folge über die Frage: ob Kläger den ihm auferlegten Hauptbeweis geführt habe oder nicht? erſt wieder ein Urtheil erfolgen muß, daher die bedingte Verurtheilung des Beklagten nach bekannten Grundſätzen ([136]) hier nicht ſo angemeſſen iſt, als ſie es freilich nur dann ſeyn würde, wenn der Kläger ſeinen Klagegrund ſchon ſo weit erwieſen hätte, daß auf einen Ergänzungseid erkannt werden könnte, da denn ohne Bedenken die Folge der Ableiſtung deſſelben im Voraus ſchon zu beſtimmen iſt ([137]). In Fällen aber, wovon hier eben die Rede iſt, dürfte es im Ganzen zweckmäßiger ſeyn, vorerſt nur auf den vom Kläger zu führenden Be-

([136]) L. 1. §. 5. D. *Quando appelland.* (XLIX. 4.) verb. Sane quidem non eſt ſub conditione ſententia dicenda. *Hellfeld* jurisprud. forenſ. §. 1790. n. 2.

([137]) L. 11. C. *de ſentent. et interlocut. omn. jud.* (VII. 45.) ſchreibt dies ſogar als nothwendig vor. Cum judex in definitiva ſententia jusjurandum ſolummodo praeſtari praecipiat, non tamen addat, quid ex recuſatione, vel praeſtatione ſacramenti fieri oportet: hujusmodi ſententiam nullam vim obtinere palam eſt.

weis mit Freilaſſung des eigentlichen Gegenbewei-ſes des Beklagten — das directe contrarium dar-zuthun, wie es einige Gerichte ausdrücken — zu erkennen, und das Uebrige zur Zeit auszuſetzen, z. B. „Würde Kläger binnen Ordnungsfriſt, mit Vorbehalt des vom Beklagten in gleicher Zeit zu führenden Gegenbeweiſes, zuvörderſt rechtlich er-weiſen, daß u. ſ. w. ſo erginge ſodann, ſowohl in Anſehung der eingeklagten Forderung als auch we-gen des Beweiſes der Einreden, weiter was ſich zu Recht gebühret —" Wollte man ſchon jetzt beiden Theilen Beweiſe auflegen, z. B. „Würde Kläger, ſalva reprobatione, des Beklagten, erweiſen, daß u. ſ. w. imgleichen Beklagter, ebenfalls mit Vorbehalt des vom Kläger zu führenden Gegen-beweiſes, rechtlich darthun, daß u. ſ. w. ſo ergin-ge u. ſ. w., ſo würde das freilich die Sache abkür-zen, aber genau betrachtet, immer doch die vorhin ſchon angeführte Vorſchrift der Geſetze entgegen ſtehen, daß Beklagter nicht eher, als nach bewie-ſenen Klagegrunde ſeine Einreden zu beweiſen ſchul-dig ſey (138). So lange alſo beſondere Prozeß-ordnungen hierüber nicht anders verfügen, iſt kein rechtlicher Grund vorhanden, den Beklagten zu einem

(138) ſ. die 14te Note.

einem Beweiſe früher zu nöthigen als jene Geſetze ſolchen erfordern, wenn er ſich dieſes nicht freiwillig gefallen laſſen will. Die Abkürzung der Prozeſſe kann der Geſetzgebung zu beſſern Einrichtungen Anlaß geben, aber den Richter berechtigt ſie noch nicht, den Parteien eine von noch geltenden Vorſchriften abweichende Ordnung aufzudringen.

Wenn der, Jemanden obliegende, oder freiwillig von ihm übernommene, Beweis angetreten und fortgeſetzt iſt, ſo muß allemal in dem darauf folgenden Urtheile nicht allein, in wiefern er ihn geführt habe oder nicht, beſtimmt entſchieden, ſondern auch zugleich die rechtliche Folge des Einen oder des Andern ausgedrückt werden; z. B. „daß Kläger dasjenige, was ihm im vorigen Urtheile vom u. ſ. w. zu erweiſen auferlegt worden, wie Recht, erwieſen habe, daher Beklagter die libellirte Summe zu zahlen verbunden, er könnte und wollte denn binnen Ordnungsfriſt, mit Vorbehalt des vom Kläger in gleicher Friſt zu führenden Gegenbeweiſes rechtlich darthun, daß er ſich mit Klägern über die Schuld dergeſtalt verglichen, daß u. ſ. w. ſo erginge dann weiter was Rechtens.“

Der

38 Der auf die Antwort des Beklagten folgende replicirende Vortrag kann ſehr verſchiedenen Inhalts ſeyn. Der Kläger kann darin

a) ſeinen Klagegrund gegen das Ableugnen des Beklagten in jure et facto zu unterſtützen ſuchen. Wird in dieſem Betrachte noch irgend eine Thatſache als zu jenem Grunde gehörig hinzugefügt, oder berichtigt, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß in Anſehung des Beweiſes hier eben das gelte, was überhaupt bei dem Grunde der Klage Rechtens iſt.

b) Er kann beſonders auf die **Einreden** des Beklagten antworten, und die Wahrheit ihres faktiſchen Grundes ganz oder zum Theil beſtreiten — Dies hat die Folge, daß Beklagter ſolchen bewahrheiten muß, wenn ihn in Anſehung ſeiner Antwort auf die Klage die Reihe des Beweiſes trifft — Dem Kläger iſt dawider der Gegenbeweis nicht aufzugeben, ſondern **freizulaſſen** — Actor replicando fit reus.

c) Er kann mit dieſer Beſtreitung der faktiſchen Wahrheit der Einreden die Angabe gewiſſer Thatſachen verbinden, um dadurch die Einreden, ſelbſt wenn ſie faktiſch erweislich wären, zu entkräf-

ten

ten — Replik im eigentlichen Verſtande (139) — Schutzreplik, wie es Siberth ſehr anpaſſend nennt. Dieſe muß freilich der Kläger, aber doch nur dann erſt beweiſen, wenn Beklagter zuvor ſeine Einreden, worauf ſich die Replik bezieht, gehörig dargethan hat; z. B. der Beklagte ſchützt die Einrede des Vergleichs vor. Der Kläger leugnet dieſen, fügt aber hinzu, daß der Vergleich, wenn es auch ſeine Richtigkeit damit hätte, dennoch in der Folge, wieder aufgehoben ſey. Dieſe Aufhebung kann ja nicht eher zur Frage kommen, als wenn zuvor die Eingehung des Vergleichs bewieſen iſt. Bei dem alsdann dem Kläger aufzulegenden Beweiſe der Replik iſt dem Beklagten ebenfalls der Gegenbeweis freizulaſſen. Wird daher, wie in der nächſt vorhergehenden Form des Urtheils, erſt auf Beweis der Einrede erkannt, ſo iſt es ſchicklicher, der Replik zur Zeit entweder noch gar nicht zu erwähnen, oder wenigſtens nur zu bemerken, daß das wahre Erkenntniß darüber noch ausgeſetzt bleibe; z. B. am Schluſſe des Urtheils: **ſo erginge dann beſonders auch wegen der Replik des Klägers, daß dieſer Vergleich in der**

(139) tit. I *de replicat.* (IV. 14) und daſ. Höpfner im Commentar.

der Folge wieder aufgehoben ſey, weiter was Rechtens. Wollte man dieſen Beweis der Replik vom Kläger mit in den Gegenbeweis der Einreden nehmen laſſen, ſo entginge alsdann dem Beklagten der ihm doch freizulaſſende Gegenbeweis in Anſehung der Replik, welches nicht weniger ungerecht ſeyn würde, als, wie vorhin bemerkt worden iſt, wenn man dem Kläger den Gegenbeweis wegen der Einreden dadurch entzieht, daß dem Beklagten geſtattet wird, dieſe in ſeinem wider den Klagegrund zu führenden Gegenbeweiſe zu bewahrheiten.

Iſt der Beweis der Einrede des Beklagten geführt worden, ſo wird jezt in folgender Form zu erkennen ſeyn: „daß Beklagter dasjenige, was ihm in dem vorigen Urtheile vom u. ſ. w. zu erweiſen auferlegt worden, wie Recht, erwieſen, daher derſelbe von der angeſtellten Klage (ganz, oder zum Theil, oder in ſofern, daß u. ſ. w.) zu entbinden, es könnte und wollte denn Kläger, wie ihm zu thun obliegt, binnen Ordnungsfriſt ſeine Replik, daß der Vergleich in der Folge wieder aufgehoben worden ſey, rechtlich erweiſen, deſſen genöſſe er, mit Vorbehalt des vom Beklagten in gleicher Zeit zu führenden Gegenbeweiſes noch billig, und erginge ſodann u. ſ. w.

d) Der

d) Der Kläger kann endlich die Thatſachen, worauf die Einreden ſich gründen, zugeſtehen, und andere Fakta dagegen vorbringen. Er räumt z. B. die Eingehung des Vergleichs mit Beklagten ein, und behauptet dagegen, daß man in der Folge wieder davon abgegangen ſey. Hier, wo man nicht ſagen kann, actor replicando fit reus, muß natürlich dem Kläger ſogleich, auch neben dem Beweiſe des Klagegrundes, wenn dieſer geleugnet wird, die Bewahrheitung der Schutzreplik, mit Freilaſſung des Gegenbeweiſes des Beklagten, auferlegt werden.

Duplicirende Antwort des Beklagten iſt im 39
allgemeinen Verſtande jede Erwiederung deſſelben auf die Replik des Klägers. In dieſem weitläufigen Sinne begreift dieſer Vertrag in ſich

a) die wiederholte Beſtreitung der Wahrheit des Klagegrundes, und die Ablehnung deſſen, was der Kläger zur Unterſtützung der Klage angeführt hat. Hier bleibt es natürlich dabei, daß der Kläger den Beweis des Abgeleugneten führen müſſe, wie bei der Klage bereits bemerkt worden iſt.

b) Die wiederholte Ausführung und nähere Begründung der vorgeſchützten Einreden, — neue

Excep-

Exceptionen ſollen hier eigentlich nicht vorkommen — In dieſem Betrachte bleibt es ebenfalls bei dem Beweiſe der Einreden, und bei dem was darüber ſchon vorhin geſagt iſt.

c) Die Beantwortung der eigentlichen Replik des Klägers im ſtrengen Verſtande genommen — Schutzreplik — und zwar zuvörderſt die Erklärung über Wahrheit und Unwahrheit der vom Kläger zur Entkräftung der Einreden des Beklagten angeführten Thatſachen. Der Beklagte kann dieſe theils

aa) zugeſtehen. Dadurch geht, wenn die Replik als ſolche den Rechten nach gültig iſt, zwar die Einrede verloren, aber der Klagegrund iſt eben dadurch noch nicht für zugeſtanden zu achten. Wenn der Beklagte auch zugibt, daß ein über die Forderung des Klägers geſchloſſener Vergleich in der Folge wieder aufgehoben ſey, ſo läßt ſich daraus doch noch nicht folgern, daß er nun auch die in der Einlaſſung auf die Klage abgeleugnete Forderung ſelbſt als richtig anerkannt habe. Hier bleibt es alſo bei dem vom Kläger zu führenden Beweiſe des Klagegrundes;

bb)

bb) theils ganz oder zum Theil ableugnen; da denn der Kläger, nach zuvor bewieſenen Einreden des Beklagten, den faktiſchen Grund der Replik, ſo weit dieſer ihm abgeleugnet iſt, darthun muß.

d) Die Anführung neuer Thatſachen, zur Beſeitigung der vorhingedachten Replik im ſtrengen Verſtande des Worts, es ſey nun, daß Beklagter dieſe letztere an ſich in facto zugeſteht, oder ganz oder zum Theil leugnet. — Duplik im engern und eigentlichen Sinne — (140) **Schutzduplik**, wie **Sibeth** es nennt — z. B. wenn auf des Klägers Replik, daß der eingewandte Vergleich wieder aufgehoben ſey, geantwortet wird, daß die Parteien ihn nach der Zeit doch wieder hergeſtellt haben. Dies muß der Beklagte beweiſen — Reus duplicando fit actor — Der Beweis liegt ihm, ſobald der Klagegrund bereits außer Zweifel geſetzt iſt, entweder ſchlechthin ob, wenn er den faktiſchen Grund der Replik zugeſtanden, oder erſt nach bewieſener Replik, wenn er dieſe abgeleugnet hat. Allemal aber iſt dem Kläger, wenn auf Beweis der Duplik erkannt wird, der Gegenbeweis freizulaſſen. Im Ganzen kann hier folgende Form des

(140) cit. tit. I. *de replicat.*

des Urtheils zur Erläuterung dienen: „Daß Kläger, was ihm im vorigen Urtheile vom u. ſ. w. — noch zu erweiſen auferlegt worden, wie Recht erwieſen, daher der Beklagte, Einwendens ungeachtet, die libellirte Schuld, ſammt den rückſtändigen Zinſen und Koſten zu bezahlen ſchuldig, es könnte und wollte denn derſelbe annoch binnen rechtlicher Friſt, mit Vorbehalt des in gleicher Zeit von Klägern zu führenden Gegenbeweiſes rechtlich darthun, daß der im Jahr 1800 geſchloſſene, im folgenden Jahre aber erwieſener Maßen aufgehobene Vergleich durch nachherige Vereinbarung der Parteien wieder hergeſtellt ſey, deſſen genöſſe er noch billig und erginge ſodann u. ſ. w.“

40 Nach der bisher gegebenen Anleitung iſt nun auch die Reihe der Beweisführung in Anſehung der weitern Vorträge in der Triplik, Quadruplik u. ſ. w. ſehr leicht zu beſtimmen.

Beiläufig erhellet aus dem Vorigen, daß es eigentlich widerſinnig ſey, wenn auf die Replik des Klägers dem Beklagten aufgegeben wird, absque novis zu dupliciren. Freilich neue Einreden ſoll er jetzt nicht mehr vorbringen; aber die Duplik im eigentlichen Verſtande beſteht ja eben in der An-

füh-

führung neuer Thatſachen, um dadurch die Replik, wenn ſie auch erweislich wäre, außer Wirkung zu ſetzen; daher man jenen Zuſatz billig nicht gebrauchen ſollte (141).

Durch die abwechſelnden Beweisauflagen, wie ſie bisher der Reihe nach angeführt ſind, wird freilich eine Streitſache von dem Ziele ihrer völligen Beendigung von Zeit zu Zeit entfernt, dem ſie ſich allerdings eher nähern würde, wenn der Beweis des Klagegrundes und der Replik, ſo wie der Einreden und der Duplik zugleich geführt werden müßte. Da aber dies eines Theils in den Gegenbeweiſen, welche dadurch bald dem Kläger, bald dem Beklagten würden entzogen werden, große Hinderniſſe findet, andern Theils auch die vorhin angeführten Geſetze die Sache ausdrücklich anders beſtimmen, und Niemand ſchuldig iſt, ſich die Laſt der Beweisführung eher, als bis es auf den Umſtand, den er darthun ſoll, wirklich ankommt, aufbürden zu laſſen; ſo ſieht ein Jeder, daß die Richter, welche auf jene Art der Abkürzung des Verfahrens Bedacht nehmen wollten, ihre Urtheile gerechten Einwürfen ausſetzen würden.

III.

(141) Sibeth erſter Nachtrag S. 73. N. 1.

41 III. Gemeiniglich laſſen es zwar die Parteien an ausdrücklicher Angabe der Thatſachen, die zu ihrem Frieden dienen, und worauf ſich ihre Anträge gründen, nicht fehlen. Der Regel nach ſollen ſie das auch nicht; und gewöhnlich trifft es ſich daher, daß derjenige beweiſen muß, der gewiſſe Umſtände für ſich anführt. In ſofern kann man, nach dem was meiſtens geſchieht, den Satz gelten laſſen, ab allegante fit probatio, oder wie es in unſern Geſetzen ſelbſt heißt: ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat ([142]). Allein als eine ausſchließende und durchgreifende Beſtimmung des zum Beweiſe Verpflichteten kann man dieſes nicht annehmen. Das Geſetz ſagt keineswegs, daß nur der qui dicit, dieſer aber immer, und kein Anderer beweiſen ſolle. Was den Gegenſatz: non qui negat, betrifft, ſo iſt davon vorhin ſchon ausführlich geredet worden. Hier bemerken wir nur, daß das Behaupten einer Sache keineswegs eine weſentliche Bedingung der Verbindlichkeit zur Beweisführung ſey. Es kann vielmehr 1) eine Partei etwas gar nicht beſonders anführen, und natürlich doch den Beweis davon übernehmen müſſen. Genug, daß ſie etwas verlangt, was ohne einen gewiſſen

([142]) L. 2. D. *de probat.*

wiſſen faktiſchen Grund nicht verlangt werden kann. Man darf hiebei nur an die Erfüllung des Contrakts erinnern, welche derjenige, der ſeiner Seits aus einem zweiſeitigen Handel klagen will, allemal beweiſen muß, er mag ſie für ſich als geſchehen angeführt haben oder nicht. In der bekannten Form der Urtheile: es könnte und wollte denn Kläger oder Beklagter annoch rechtlich beweiſen, daß u. ſ. w. wird häufig Jemanden ein Beweis über Thatſachen freigelaſſen, die ihm zur Begründung ſeiner Abſicht noch zu Gute kommen, obgleich eine beſtimmte Behauptung derſelben in ſeinen Vorträgen nicht vorkommt. Es kann aber auch wiederum 2) Jemand als vermeinten Grund ſeiner Klage oder Einrede etwas anführen, was bei dieſer Klage oder Einrede, die er wirklich geltend zu machen ſucht, nicht weſentlich vorauszuſetzen iſt; z. B. wenn er da, wo zum Erwerb des Eigenthums die Uebergabe nicht erfordert wird, dennoch dieſe als modum adquirendi anführt. Hier muß ihn auch der Richter mit unnöthiger Beweisführung nicht beläſtigen, ſondern den Beweisſatz nur auf dasjenige einſchränken, was zur Begründung des in Anrege gekommenen Rechts weſentlich gehört, in ſofern das unter den Parteien noch ſtreitig iſt; nichts kann aber in ſolchen Fällen unzutref-

fen-

fender, und zugleich dem Zweck der Rechtspflege mehr entgegen ſeyn, als der Gebrauch jenes unbeſtimmten Ausdrucks in den Urtheilen; „daß Kläger — oder Beklagter – den Grund ſeiner Klage — oder Einrede — und ſo viel ihm daran verneinet worden, zu beweiſen ſchuldig;" wodurch der Gegner die beſte Gelegenheit erhält, den Beweisführer zu chikaniren, dieſer aber in nicht geringe Verlegenheit geſetzt wird, wenn es ihm darum zu thun iſt, den eigentlichen Grund ſeines Antrags von den überflüſſigen, und zur Sache nicht gehörigen Umſtänden abzuſondern. — Hiernächſt kann auch 3) Jemand einen Umſtand für ſich anführen, der allerdings bei der Sache ſelbſt weſentlich in Betrachtung kommt, aber eigentlich die Begründung der Abſicht des Gegners betrifft, da denn dieſer, nicht aber der, welcher den Umſtand für ſich anführte, den Beweis zu übernehmen hat; z. B. wenn eine Gemeinde dem Kläger, welcher auf Bezahlung des ihrem Vorſteher angeliehenen Geldes dringt, den Umſtand entgegenſetzt, daß das Geld in ihren Angelegenheiten nicht verwandt ſey, ſo liegt dem Kläger der Beweis ob, weil durch dieſes Anführen eine Sache beſtritten wird, ohne welche er gegen die Gemeinde ſelbſt mit keiner Klage durchkommen kann.

IV) Nach dem bisher angeführten Grundſä- 42
tzen iſt nun die Frage: Wer beweiſen müſſe? in ſtreitigen Fällen der Regel nach zu beſtimmen, ſobald Thatſachen vorkommen, die nicht ſchon rechtlich in Gewißheit geſetzt, oder vom Gegner zugeſtanden ſind. Im Ganzen können wir uns zwar hiebei auf das, oben in dem Aufſatze vom Geſtändniſſe überhaupt ſchon Geſagte, beziehen. Allein ein wichtiger Punkt — das ſogenannte qualificirte Geſtändniß — iſt noch unerörtert geblieben, jedoch um ſo weniger zu übergehen, da er den Richtern nicht ſelten zu ſchaffen macht, wenn ſie bei Gelegenheit deſſelben dem einen, oder dem andern Theile den Beweis aufzulegen haben.

Der Ausdruck: **qualificirtes** Geſtändniß, kommt bei den Rechtsgelehrten in einer doppelten Bedeutung vor. **Einmal** wird darunter im Gegenſatz confeſſionis nudae vorzüglich von den Lehrern des Criminalrechts ([143]) ein durch andere Gründe für die Wahrheit ſeines Inhalts unterſtütztes Geſtändniß begriffen; **zweitens** wird es ſowohl im Criminal- oder Civilprozeſſe dem reinen oder

([143]) *G. J. F. Meiſter* princ. jur. crimin. §. 405. edit. 4.

oder uneingeſchränkten Bekenntniſſe — confeſſioni purae — entgegengeſetzt, in ſofern Jemand gewiſſe Thatſachen zwar nicht durchgängig in Abrede zieht, aber doch auch nicht gerade ſo, wie ſie gegen ihn vorgebracht werden, ſondern mit beſtimmten Einſchränkungen, und mit Hinzufügung anderer Verhältniſſe, als richtig anerkennt. Man nennt dies auch bedingte Geſtändniſſe; wiewohl dieſer Ausdruck mit dem eingeſchränkten oder qualificirten Geſtändniſſe nicht ganz ſynonimiſch gebraucht werden ſollte. Bedingtes Geſtändniß iſt nach **Sibeths** (144) richtiger Bemerkung eigentlich ein Antrag zu einer Vereinbarung der Parteien über einen gewiſſen Umſtand; z. B. ich will dies als wahr annehmen, wenn man mir dagegen auch das als richtig gelten laſſen will. Durch dergleichen Erklärung, die in den Vorträgen der Parteien allerdings vorkommen, wird zur Zeit noch nichts eingeräumt. Das qualificirte oder eingeſchränkte Geſtändniß erkennt eine gewiſſe Thatſache geradezu ſchon als wahr an, fügt aber Einſchränkungen oder andere Verhältniſſe hinzu. In dieſer Beziehung iſt es hier etwas näher zu erörtern. Der Kläger z. B. behauptet, das Haus vom Beklagten

(144) S. die folgende Note.

ten für eine gewiſſe Summe gekauft zu haben. Der Beklagte leugnet zwar im Ganzen den Handel nicht ab, behauptet aber, daß er nicht unbedingt, ſondern in der Vorausſetzung, wenn in zwei Monathen nicht mehr dafür geboten würde, geſchloſſen ſey. Oder: der Verkäufer eines Hauſes klagt gegen den Käufer. Dieſer geſteht a) das Haus gekauft, b) 6000 Rthlr. Kaufgelder verſprochen zu haben, fügt aber hinzu c) daß nicht bloß das Haus, ſondern ein gewiſſer Theil der Meublen, der Büchervorrath u. ſ. w. in dem Handel, und in jener Kaufſumme mit begriffen geweſen ſey. Ferner: der Beklagte geſteht den Handel, woraus gegen ihn geklagt worden, als richtig zu, will aber bei Schließung deſſelben noch minderjährig, oder wahnſinnig, oder betrunken geweſen ſeyn. Hier entſteht nun die Frage: ob durch Geſtändniſſe dieſer Art der faktiſche Klagegrund an ſich außer Streit geſetzt ſey, dergeſtalt, daß es jetzt nur auf den Beweis der Einſchränkung ankomme, da denn freilich der Beklagte dieſen würde übernehmen müſſen; oder im Gegentheil, ob das Fundament der Klage jetzt noch einen weitern, nämlich die gegenſeitige Einſchränkung ausſchließenden Beweis erfordere? Hier iſt es, wie ein Jeder, auch ohne daran erinnert zu werden, ſogleich einſieht, wo es vorzüg-

lich darauf ankommt, das, was zur Begründung der Klage erforderlich iſt, von dem, was eigentlich zu den Einreden des Beklagten gehört, und ſo weiter auch, was zur Rechtfertigung der letztern genügt, von dem zu unterſcheiden, worauf die Replik des Klägers ſich gründet. Die Rechtsgelehrten ſind hier nicht einig, und es iſt ſchon Manches über die Sache geſchrieben worden, um ſie aufs Reine zu bringen (145). Vor allen Dingen iſt der Punkt, worauf es eigentlich ankommt, bei dieſem Streite gehörig zu beſtimmen. Man pflegt die Frage ſo auszudrücken: ob ein ſtreitender Theil das gegenſeitige qualificirte Geſtändniß, ſo weit es ihm günſtig iſt, annehmen, hingegen die beigefügte Einſchränkung oder den Zuſatz ableugnen, und

(145) Man ſehe vorzüglich Siberth Skizze einer Theor. v. gerichtl. Klagen u. ſ. w. S. 38. und 1ſter Nachtrag, S. 21. u. ſ. w vergl. *J. H. Böhmer* J. E. P. II. 18. 2. Claproth ordentl. Proz. §. 217. Danz Grundſ. d. gemein. ordentl. Proz. §. 297. *Frid. de Graffen* de confeſſione qualificata. Goett. 1769. Gmelin und Elſäſſer gemeinnütz. Beob. II. 8. Meiſters Erkenntn. in peinl. Fällen. I. 43. Münter von den Erfahrungen in der ausübenden Rechtsgel. Zelle 1799. I. 13. Gönner Handb. des Proz. IV. 44.

und darüber den Beweis vom Gegner erwarten dürfe? d. i. wie auch kürzer gefragt wird: ob das qualificirte Geſtändniß ſich theilen laſſe? Beides drückt aber die Sache ſelbſt, und was man eigentlich zu wiſſen verlangt, nicht gehörig aus, wie **Sibeth** ſchon richtig bemerkt hat. Denn an ſich iſt gar nicht abzuſehen, wie es einmal zur Frage kommen könne, warum das qualificirte Geſtändniß nicht ſollte getheilt, oder das, was wirklich darin zugeſtanden wird, als wahr angenommen, das übrige aber beſtritten werden können? Wenn der Beklagte antwortet: Ich habe zwar mit dir einen Kauf verabredet, aber nur unter gewiſſen Bedingungen; ſo iſt doch der Kläger ganz unleugbar berechtigt, ſoviel ſchon als erwieſen anzunehmen, daß überhaupt ein Contrakt, und zwar ein Kaufcontrakt zwiſchen ihm und Beklagten zu Stande gekommen ſey. Wer wird aber wohl je behaupten wollen, daß der Kläger, wenn er dies als erwieſen annehmen wolle, nun auch das Uebrige, was der Beklagte noch weiter hinzufügt, ebenfalls für richtig anerkennen müſſe? Offenbar kann er ſagen: das gegenſeitige Vorgeben einer Bedingung u. ſ. w. iſt falſch; der Handel iſt unbedingt abgeſchloſſen worden. Und was iſt denn das anders, als das Geſtändniß theilen? Dies kann alſo mit Vernunft

und

und Recht nie unzuläſſig genannt werden. Allein *in*-dem der Kläger ſich ſo, wie geſagt, und wie es ihm unſtreitig freiſteht, über das gegenſeitige Geſtändniß erklärt, kann er freilich noch nicht gleich verlangen, daß nun auch der Beklagte den Beweis deſſen, was jetzt noch unter beiden ſtreitig iſt, übernehmen müſſe. Dies iſt es, worauf es bei der ſtreitigen Rechtslehre, wovon hier die Rede iſt, recht eigentlich nur ankommt. Man hätte alſo auch bloß hierauf die Frage einſchränken ſollen, *in* wiefern nämlich das qualificirte Geſtändniß demjenigen, der es abgelegt hat, die Verbindlichkeit auflege, in Anſehung des faktiſchen Zuſatzes, wenn dieſer vom Gegentheile beſtritten wird, den Beweis zu übernehmen. Nun ſind bei dem qualificirten Geſtändniſſe hauptſächlich nur zwei Fälle denkbar. 1) Wenn durch daſſelbe die Thatſachen, worauf Klage oder Einrede ſich gründen, nur zum Theil, oder nicht ſo, wie ſie dem gegenſeitigen Vortrage zum Grunde liegen, ſondern mit andern Beſtimmungen zugeſtanden werden. 2) Wenn der faktiſche Grund des gegenſeitigen Anbringens, ſo weit es die Rechtfertigung deſſelben an ſich erfordert, ganz eingeräumt, mithin Das, was eigentlich zur Begründung der Klage oder Einrede ſelbſt nur gehört, als wahr und richtig zugegeben wird,

nun aber beſondere Umſtände und Verhältniſſe angeführt werden, um dadurch die gegenſeitige Abſicht zu beſtreiten. Zu den Fällen der erſtern Art gehört es, wenn der Beklagte die Schließung eines Contrakts überhaupt zwar zugeſteht, aber dagegen behauptet, daß der Handel ſelbſt **gleich Anfangs** bedingt, oder mit gewiſſen Einſchränkungen geſchloſſen ſey, oder wenn der Käufer behauptet, daß nicht das Haus allein, ſondern die Meublen, die Bibliothek u. ſ. w. zugleich mit in dem Handel begriffen geweſen ſeyen. Zu den Fällen der **zweiten** Art hingegen würde die Gegenbehauptung des Beklagten gehören, daß **in der Folge, nach** völlig abgeſchloſſenen Handel, noch beſondere Bedingungen oder Einſchränkungen verabredet wären, ferner, daß er, Beklagter, bei der Schließung des Kaufs noch minderjährig, betrunken oder wahnſinnig geweſen, daß er zu den gegen den Kläger verübten Thätlichkeiten durch deſſen Angriff gereitzt ſey u. ſ. w. Man muß nur, wie hieraus ganz deutlich erhellet, in vorkommenden Fällen, um das qualificirte Bekenntniß in ſeinen Folgen richtig zu beurtheilen, erſt mit der Frage aufs Reine ſeyn, was eigentlich zur Begründung der Klage oder Einrede, wovon die Rede iſt, gehöre. Hat der Gegner dies nicht, oder nicht ganz

ein=

eingeräumet, ſo muß es von dem, der es für ſich anführt, völlig durch Beweis außer Zweifel geſetzt werden; im umgekehrten Falle aber, wenn dies alles zugeſtanden iſt, muß der Gegner die facta, welche er für ſich anbringt, beweiſen.

43 Prüfet man nun jene Fälle der **erſtern** Art etwas genauer, ſo muß natürlich der faktiſche Grund der Klage oder Einrede, ſo weit er abgeleugnet iſt, durch Beweis außer Zweifel geſetzt werden. Dies leidet nur dann eine Ausnahme, wenn der dem Kläger zugeſtandene Umſtand zugleich eine Rechtsvermuthung für die übrigen Behauptungen, welche der Beklagte zu beſtreiten ſucht, erzeugt. Wer actione de partu agnoſcendo belangt wird, und den Beiſchlaf im ſiebenten, achten, neunten oder zehnten Monath vor der Geburt des Kindes mit der Mutter deſſelben einräumt, gleichwohl aber die Vaterſchaft ableugnet, hat die Vermuthung der Geſetze gegen ſich, und kann daher die Klägerin nicht weiter mit Beweiſen beläſtigen. Wenn aber dem Kläger dergleichen geſetzliche Vermuthung nicht zu Statten kommt, ſo muß er auch ſeinen Klagegrund, ſo weit er ihm abgeleugnet iſt, gehörig bewahrheiten. Iſt nun z. B. aus einem unbedingten Kauf geklagt worden, und der Be-

klagte

klagte beſtreitet dieſe Eigenſchaft, da er vielmehr behauptet, daß Bedingungen dabei verabredet wären, ſo kann der Kläger, wie ſchon vorhin bemerkt ward, im Allgemeinen zwar den Umſtand als zugeſtanden annehmen, daß überhaupt zwiſchen ihm und dem Beklagten ein Contrakt geſchloſſen ſey, aber das kann er doch nicht behaupten, daß dieſer Handel gänzlich ſo, wie er daraus geklagt hat, eingeräumt ſey. Denn dies hat ja der Beklagte offenbar durch die Angabe des bedingten Kaufs beſtritten, mithin muß der Kläger nun erſt beweiſen, daß ein ſolcher Handel, wie ihn der Klagevortrag zum Grunde legt, nämlich ein **reiner** Kauf, ohne beigefügte Bedingung abgeſchloſſen ſey. Man kann hiegegen nicht anführen, daß Bedingungen nicht vermuthet würden, oder nicht mit Claproth einwenden, „daß unter tauſend Verträgen kaum einer Bedingungsweiſe geſchloſſen würde, warum alſo der Kläger beweiſen ſolle, daß der Vertrag ohne alle Bedingung geſchloſſen ſey?“ — Denn die Schließung eines Contrakts, ſie geſchehe, in welcher Form man will, iſt immer res facti, wird überhaupt nicht, mithin auch in der unbedingten Form nicht, vermuthet, welche der Kläger für ſich anführt, und wenn der Beklagte dieſe Form leugnet, dagegen aber eine bedingte Verabredung vor-

wen-

wendet, ſo läßt ſich mit keinem Grunde dem Beklagten nun doch eine Vermuthung entgegenſetzen, daß er anders, als er zugeſteht, contrahirt habe. Welches Geſetz rechtfertigt wohl je eine ſolche Vermuthung. Daß viel häufiger unbedingte als bedingte Verträge geſchloſſen werden, kann die Sache zum Nachtheil deſſen nicht ändern, der gleichwohl beſtimmt behauptet, daß er nur unter gewiſſen Bedingungen gehandelt habe. Auf den Einwurf, daß der Kläger einen verneinenden Satz nicht ſchuldig ſey, zu beweiſen, iſt gar nicht zu achten, wie aus dem Vorhergehenden deutlich erhellet. „Gründet ſich aber," um mit **Claproth** weiter zu reden, „nicht der Beklagte in der Bedingung zur Entkräftung der Klage, und iſt er nicht dieſe **Einrede** zu beweiſen ſchuldig, da er ſie behauptet, der Kläger aber leugnet?" Dies macht allerdings eine genaue Aufmerkſamkeit des Richters nöthig, da bei dieſen qualificirten Geſtändniſſen der erſtern Art, die Beſtreitung des faktiſchen Klagegrundes, und das Vorbringen einer Einrede gewiſſermaßen zuſammentrifft. Beſtreitung des Klagevortrags — inficiatio — iſt es in ſofern, als der Beklagte nicht zugeſteht, den Handel rein und unbedingt geſchloſſen zu haben, hingegen als Einrede kann das beſondere Anführen dieſer oder jener

be-

beſtimmten Einſchränkung oder Bedingung betrachtet werden, die nach Beklagtens Behauptung wirklich hinzugefügt oder verabredet ſeyn ſoll. Beides vereinigt ſich hier in der Gegenbehauptung des Beklagten, daß der Handel ſelbſt gleich Anfangs nicht rein, ſondern bedingt, und zwar mit Verabredung dieſer oder jener Bedingung geſchloſſen ſey. Um aber bei manchen Richtern recht ſicher zu gehen, iſt es dem Beklagten nach Sibeths Bemerkung wohl anzurathen, ſich ſtatt der bejahenden und eigentlichen Form des qualiſicirten Geſtändniſſes: „Ich geſtehe, mit Klägern contrahirt zu haben, jedoch nur unter folgenden Bedingungen, daß u. ſ. w.“ ſich lieber in verneinenden Ausdrücken über den Klagegrund vernehmen zu laſſen: „Ich leugne, mit Klägern einen unbedingten Kauf, wie er ihn vorgibt, geſchloſſen zu haben; behaupte vielmehr dagegen, daß folgende Bedingungen verabredet ſind.“

Dieſem allen zur Folge iſt der Kläger ſchuldig, den unbedingt geſchloſſenen Handel zu beweiſen. Aber auch nur dies liegt ihm ob, darzuthun. Kann er alſo einen ſchriftlich vollzogenen Contrakt beibringen, in welchem von keiner Bedingung die Rede iſt, oder bei mündlich verabredetem Geſchäfte durch Zeugen einen reinen Handel bewahrheiten,

so

ſo trifft nun die Reihe des Beweiſes den Beklag-ten, welcher entweder dennoch die bedingte Ver-einbarung darthun, oder ſich gefallen laſſen muß, nach der vom Kläger behaupteten und erwieſenen Form des Contrakts verurtheilt zu werden. Nicht anders verhält es ſich auch in dem vorhin ange-führten Beiſpiele, da der Beklagte zwar geſtand, das Haus gekauft zu haben, aber mit demſelben zugleich auch noch andere Sachen für denſelben Preis erhandelt haben wollte. Der klagende Ver-käufer muß dann unſtreitig darthun, daß nur das Haus und nichts mehr den Gegenſtand des Han-dels ausgemacht habe. Dem Beklagten aber iſt dagegen der beſondere Beweis ſeiner beſtimmten Angaben freizulaſſen. Es ſteht bei ihm, dies als direkten Gegenbeweis ſogleich beizubringen, oder als Beweis der Einrede nachzuholen. Nur wird immer hiebei vorausgeſetzt, daß ſeiner Behaup-tung nach die Verbindung mehrerer Gegenſtände des Kaufs gleich Anfangs den Handel ausgemacht habe. Denn wollte er erſt nach abgeſchloſſenem Kaufe dieſe oder jene Zugabe zu dem Objekte des Contrakts noch mit dem Verkäufer verabredet ha-ben, ſo würde dies als bloße Einrede gegen eine an ſich ſchon völlig begründete Klage zu betrachten ſeyn, mithin auch die Laſt des Hauptbeweiſes al-

lein

lein den Beklagten treffen, wie dies überhaupt in den vorhin angeführten Fällen der zweiten Art zutrifft.

Hier genügt es dem Kläger, daß wirklich das 44
vom Beklagten zugeſtanden iſt, was an ſich zur Begründung der Klage gehört. Wenn alſo der Beklagte vorſchützt, daß er zur Zeit des Handels minderjährig, betrunken oder wahnſinnig geweſen ſey, ſo wird hiedurch von dem, was zur Begründung der Klage an ſich nur gehört, (n. 18 u. ſ. w.) nichts beſtritten, mithin beſteht alles dieſes nur in Einreden, die der Beklagte zu beweiſen ſchuldig iſt, wenn er jenen Grund der Klage nicht zu leugnen vermag. Hat ferner der Beklagte die Gewaltthätigkeiten, derentwegen ihn der Kläger in Anſpruch nimmt, an ſich zugeſtanden, dagegen aber den Zuſtand einer rechtmäßigen Vertheidigung vorgeſchützt, ſo liegt es ihm auch ob, durch rechtlichen Beweis deſſelben ſein Verfahren, was ſonſt die Klage zureichend begründet, zu rechtfertigen ([146]). In allen dieſen Fällen verhält ſich alſo die Sache ganz anders, als bei denen der erſtern Art, z. B. dem vorhin erwähnten Vorwande des bedingten Handels. Denn dort ward durch das

qua=

([146]) Art. 141. d. peinl. Gerichtsordn.

qualificirte Geſtändniß der faktiſche Klagegrund an ſich nicht, ſo wie ihn der Kläger angebracht hatte, eingeräumt. Die Klage bezog ſich auf einen reinen Kauf, den der Beklagte in Abrede ſtellte. Hier aber wird dem Kläger alles, was er zur Begründung ſeines Antrags nur zu ſagen hat, eingeräumt, dagegen aber aus andern ihm entgegenſtehenden Thatſachen eine Einrede gegen ihn hergenommen. Dies würde alſo bei dem Vorwande eines unter Bedingungen geſchloſſenen Contrakts nur dann zutreffen, wenn der Beklagte die reine **Abſchließung** des Handels zugeſtände, dagegen aber anführte, daß dieſer **in der Folge** erſt durch beſondere Verabredung von gewiſſen Bedingungen wieder abhängig gemacht ſey, wie ſchon die Gloſſatoren ad L. 9. C. de except. (VIII. 36.) hiebei richtig unterſchieden (147).

Noch

(147) Bei Gelegenheit dieſes vorhin ſchon (Note 14.) angeführten Geſetzes kommt in der Gloſſe eine Erörterung der qualificirten Geſtändniſſe vor, und zwar ganz eigentlich in Beziehung auf die Gegenbehauptung des Beklagten, daß der Handel, woraus gegen ihn geklagt worden, nicht pure, ſondern bedingt geſchloſſen ſey. Hiebei iſt aber die Bemerkung Thibauts Syſt. des Pand. R. §. 636. Note 11. noch etwas zu berichtigen. Es ſind nur Zweifels-

Noch ein Paar Rechtsfälle mögen zur Anlei- 45
tung dienen, wie das qualificirte Geſtändniß in vorkommenden Fällen zu beurtheilen, und ob es zu den Fällen der erſtern, oder der zweiten Art zu rechnen ſey. a) Der Inhaber einer Zwangsmühle nimmt einen ſeiner Mahlgäſte wegen ſogenannten Ausmahlens in Anſpruch. Der Beklagte ge-

ſelsgründe, wonach die Gloſſe Anfangs den Beklagten als denjenigen anſieht, der ſchlechthin das Vorgeben des bedingten Handels beweiſen müſſe. Die Entſcheidungsgründe lauten aber anders, und zeigen, daß man das Gegentheil richtiger gefunden habe, wenn nämlich der Beklagte wirklich vorgibt, der Handel ſey gleich Anfangs bedingt geſchloſſen worden, welches die Gloſſatoren richtig von dem unterſchieden, was in der Folge erſt nach abgeſchloſſenem Handel verabredet ſeyn ſoll, welches Letztere freilich der Beklagte, der ſich darauf beruft, beweiſen muß. *Sed contra*, heißt es, *videtur negaſſe puritatem, niſi actor probet puritatem, vel conditionem extitiſſe, ſicut enim actor non videtur in judicium deduxiſſe, quod non ſentit: ſic nec reus videtur confiteri quod non ſentit. — — Qui conditionem apponit, in ipſa actionis nativitate apponat, quaſi nec ſit nata actio — — et ſic aliud eſt, quam in exceptione pacti, vel ſimili, quae naſcitur poſt nativitatem primae actionis.*

geſteht, Korn nach einer andern Mühle gebracht zu haben, leugnet aber, daß es ſein Korn geweſen, oder für ſeine Bedürfniſſe gemahlen worden ſey, ſondern behauptet dagegen, daß er es für andere, dem Zwangsrechte des Klägers nicht unterworfene Hauswirthe in eine andere Mühle gefahren habe. Muß nun der Beklagte dieſen Vorwand, oder muß der Kläger beweiſen, das Jener für ſeinen Gebrauch und ſeine Wirthſchaft das Korn anderswo habe mahlen laſſen. Man prüfe, ob der Beklagte durch das zugeſtandene Faktum ſchon ſo viel eingeräumt habe, als zur Begründung der angeſtellten Klage erforderlich iſt. Dies wird ſich nicht füglich behaupten laſſen. Das Zwangsrecht des Klägers geht ja nicht dahin, daß andern Mühlen eines gewiſſen Diſtrikts überhaupt kein Korn zugebracht werden dürfe, mithin iſt durch das bloße Fahren des Getreides nach einer benachbarten Mühle, welches Beklagter zugeſteht, der Anſpruch des Klägers noch nicht begründet, wenn jener nicht auch zugleich einräumet, daß er das Korn für ſich und zu ſeinem Gebrauche, oder auch wiſſentlich für andere, dem Zwangsrechte des Klägers gleichfalls unterworfene Perſonen, dahin gebracht habe. An dieſem Bekenntniſſe fehlt es aber, vielmehr wird gerade der Punkt, worauf

es

es ankommt, vom Beklagten geleugnet, mithin muß der Kläger den Beweis deſſelben erſt anbringen, und dadurch die Begründung ſeiner Klage ergänzen, ehe gegen den Beklagten, oder auch dieſem nur der Beweis ſeiner Gegenbehauptung auferlegt werden kann.

b) Auf die aus einem Darlehn angeſtellte Klage antwortet der Beklagte, daß er zwar den Empfang der angegebenen Summe zugeſtehe, aber dieſe nicht vom Kläger geborgt, ſondern nur zur Aufbewahrung erhalten habe, die Wiedererſtattung aber darum nicht leiſten könne, weil ihm das Geld mittelſt gewaltſamen Einbruchs entwandt ſey. Der Kläger widerſpricht zwar beiden, allein vor allen Dingen muß er doch erſt das vom Beklagten abgeleugnete mutuum beweiſen. Kann er dies, ſo iſt natürlich auf die Einrede der Unglücksfälle nicht weiter zu achten. Fehlt es aber an jenem Beweiſe, ſo kommt es darauf an, ob Beklagter den ihm nicht beizumeſſenden Verluſt des Geldes darzuthun vermag, der ihn freilich, als Depoſitar betrachtet, gegen die Anſprüche des Klägers ſichert (num. 21.)

c) Ein Schuldner ſetzt ſeinem klagenden Gläubiger die Einrede des bewilligten Nachlaſſes entgegen.

gen. Der Kläger geſteht zwar, daß er bei der Unterhandlung des Beklagten mit ſeinen Gläubigern dem Nachlaßvertrag äußerlich mit beigetreten, aber daß dies nur zum Scheine geſchehen ſey, um die Sache zu Stande zu bringen; daß hingegen Beklagter ihm unter der Hand die völlige Befriedigung zugeſichert habe. Durch dies qualificirte Geſtändniß des Klägers iſt unſtreitig ſo viel in facto eingeräumt, als zur Begründung der Einrede des Beklagten rechtlich gefordert werden kann. Dieſer braucht nichts mehr, als die wirklich erklärte Einwilligung des Klägers zu beweiſen, wie das nur einem Jeden obliegt, der aus Verträgen Anderer ein Recht oder eine Befreiung herleitet. Daß es hingegen mit dieſer Erklärung auch wirklicher Ernſt geweſen, daß keine Simulation dabei vorgegangen, kein ſie wieder aufhebender Vorbehalt dabei geſchehen ſey, braucht der nicht zu beweiſen, der die äußere Form der Vereinbarung beider Theile beigebracht hat, ſondern es kommt dem andern Theile, der dies beſtreiten will, zu, das Gegentheil darzuthun. (n. 18. und 44.) Der Beklagte iſt alſo hier unſtreitig berechtigt, vermöge des gegenſeitigen Geſtändniſſes ſeine Einrede als förmlich wahr anzunehmen, und ſich damit gegen die Forderung des Klägers zu ſchützen, wofern dieſer ſeine

in der Replik vorgebrachte Gegenbehauptung nicht gehörig zu beweiſen vermag.

V) Es iſt aber gleich Anfangs bei Angabe 46
der allgemeinen Regel, wonach die Verbindlichkeit zur Beweisführung in Anſehung des Subjekts zu beſtimmen iſt, nicht unbemerkt geblieben, daß darin auch auf die Ausnahmen Rückſicht zu nehmen ſey, welche nach beſondern Vorſchriften der Geſetze in vorkommenden Fällen Statt finden können. Und davon wird alſo nunmehr noch etwas näher zu reden ſeyn.

1) Die erſte und vorzüglichſte dieſer Ausnahmen iſt freilich, wenn das Geſetz für irgend eine Thatſache vollgültige Vermuthung ſanctionirt hat.

Dieſe befreiet denjenigen, der ſie für ſich hat, vom Beweiſe, und zwar a) überhaupt, wenn der Beweisſatz ſelbſt, worauf es ankommt, ſchon rechtlich als wahr vermuthet wird; b) von weiterer Beweisführung, wenn Jemand eine Thatſache bewieſen hat, die nach rechtlicher Vermuthung eine Schlußfolge auf den Hauptumſtand, den er zu beweiſen ſchuldig iſt, zuläßt; z. B. der Beklagte behauptet, und ſoll beweiſen, daß die Schuld ihm erlaſſen, oder daß ſie von ihm bezahlt ſey. Er beweiſet, daß ihm der Gläubiger die Hand-

ſchrift zurückgegeben habe ([148]). Dieß iſt hinrei=chend, weil er nunmehr aus dieſer Thatſache die Vermuthung für ſich hat, daß die Schuld getilgt ſey. Jetzt kommt alſo die Reihe des Beweiſes wie=der an den Kläger, wenn er jene Schlußfolge aus der Zurückgabe der Verſchreibung nicht gelten laſ=ſen will, ſondern vielmehr dagegen behauptet, daß in hypotheſi eine andere Urſache oder Abſicht damit verbunden geweſen ſey. — In dem vorhergehenden fünften Aufſatze iſt übrigens von den Vermuthungen ausführlich gehandelt, und beſonders gezeigt wor=den, was auch aus mehreren in dem gegenwärti=gen Abſchnitte vorkommenden Beiſpielen deutlich erhellet, daß die Richter große Urſache haben, ge=gen die Rechtsvermuthungen, womit die Schriften der ältern und neuern Rechtsgelehrten ſehr freige=big ſind, immer etwas mißtrauiſch zu ſeyn, der=glei=

([148]) L. 15. C. *de ſolut.* (VIII. 43.) Quod debitori tuo chirographum redditum contra voluntatem tuam adſeveras, nihil de jure tuo diminutum eſt. Quibuscunque itaque argumentis jure proditis hanc obligationem tibi probanti, eum pro hujusmodi facto liberationem minime conſecutum, judex ad ſolutionem debiti jure compellet. Schneider vom Beweiſe. S. 414.

gleichen nicht ungeprüft anzunehmen, ſondern alle=mal erſt die Geſetze ſelbſt zu Rathe zu ziehen, ohne deren beſtimmte Sanction ſich durchaus keine praeſumtio juris annehmen läßt, wofern nicht ein unleugbares, aber freilich wohl in den wenigſten Fällen erweisliches Gewohnheitsrecht ein Gleiches mit ſich bringen ſollte (149). Natürlich bedarf dies alles hier keine Wiederholung. Gerade mit dieſer Materie ſteht übrigens eine der berühmteſten und älteſten Rechtscontroverſen, nämlich über die Laſt des Beweiſes bei angeſtellter Negatorienklage in genauer Verbindung. Man weiß, daß in dieſem Streite beſonders von Präſumtionen für die Freiheit und für den Beſitz die Rede iſt, und bald der einen, bald der andern das Uebergewicht beigelegt wird. Ich habe mich über beide vermeinte Vermuthungen, ſo wie auch über den Beweis der Verneinung, worauf es bei jenem Streite gleichfalls ankommt, ſchon im Vorhergehenden, über die Controverſe ſelbſt aber, in einer andern Schrift (150) bereits näher erklärt, worauf ich mich alſo hier beziehe.

2)

(149) Bloße Meinungen der Doctoren können die Stelle dieſes Beweiſes nicht vertreten.

(150) Beiträge zu der Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden. II. und III. 16.

2) Bisweilen haben die Geſetze gewiſſe Perſonen durch beſondere Begünſtigung von der Laſt der Beweisführung befreiet, welche ſie ſonſt der Regel nach würden übernehmen müſſen. Dergleichen jus ſingulare, welches alſo die zweite Ausnahme von jener Regel ausmacht, findet nach Vorſchrift der Geſetze Statt, wenn Minderjährige, Weiber, Soldaten, oder andere, des Rechts und der rechtlichen Geſchäfte unkundige Perſonen, eine geleiſtete Zahlung als unpflichtig zurückfordern, da alsdann nicht ihnen, als Klägern, wie es ſonſt condictio indebiti mit ſich bringt, der Beweis der Nichtſchuld, ſondern dem Beklagten der Beweis der mit Recht erhaltenen Zahlung, obliegen ſoll (151).

3) Die dritte Art der Ausnahme findet ſich in ſehr gerechten Anordnungen der Geſetze zur Strafe des Beklagten, der entweder A) einen gewiſſen

(151) L. 25. §. 1. D. *de probat.* verb. Sin autem is, qui indebitum quaeritur, vel pupillus, vel minor ſit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, ſed miles, vel agricultor et forenſium rerum expers, vel alias ſimplicitate gaudens, et deſidia deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, oſtendere bene eas accepiſſe, et debitas ei fuiſſe ſolutas: et ſi non oſtenderit, eas redhibere.

wiſſen Umſtand vorſätzlich wider die Wahrheit vor Gericht ableugnet, oder B) durch Vorſatz oder gro=bes Verſehen den Kläger beſchädigt, wenigſtens denſelben außer Stand geſetzt hat, ſeine Forderung der Quantität nach durch die ordentlichen Beweis=mittel zu begründen. A) Das wahrheitswidrige Leugnen eines Umſtandes kann den Beklagten verpflichten, nunmehr auch in der Hauptſache die ihm ſonſt nicht obgelegene Beweisführung entwe=der ſogleich unmittelbar, oder mittelſt der Stelle des Klägers, die ihm jetzt nur übrig bleibt, zu über=nehmen. Dahin gehört a) wenn Jemand condictione indebiti belangt wird, und den Empfang der Zahlung überhaupt leugnet, deſſen aber danächſt überwieſen wird. Jetzt muß er beweiſen, daß er das an ihn Gezahlte wirklich zu fordern hatte (152). b) Wenn der Beklagte eines vor=ſätzlich wider die Wahrheit abgeleugneten Beſitzes überwieſen wird, ſo muß er die Sache dem Kläger abtre=

(152) L. 25. pr. D. *eod.* verb. Si quidem is, qui accepiſſe dicitur rem, vel pecuniam indebitam, hoc negaverit; et ipſe, qui dedit, legitimis probationibus ſolutionem adprobaverit: ſine ulla diſtinctione ipſum, qui negavit ſeſe pecuniam accepiſſe, ſi vult audiri, compellendum eſſe ad probationes praeſtandas,

abtreten, und nun ſein Recht klagend verfolgen, mithin auch beweiſen ([153]). c) Wenn der dritte Beſitzer einer als Pfand gegen ihn verfolgten Sache das Eigenthum des in der Klage angegebenen Verpfänders leugnet, und der Kläger dies beweiſet, ſo muß jener erſt den Beſitz der Sache abtreten, und nun ein beſſeres oder vorzüglicheres Recht an der Sache ausführen ([154]).

B) Iſt der Beklagte in Anſehung eines dem Kläger zugefügten Schadens, oder in Anſehung der Ungewißheit, worin ſich die Forderung des Klä-

das, quod pecuniam debitam accepit, per etenim abſurdum eſt, eum, qui ab initio negavit pecuniam ſuſcepiſſe, poſtquam fuerit convictus eam accepiſſe, probationem non debiti ab adverſario exigere. —

([153]) L. 80. D de R V. (VI. 1.) In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, ſe non poſſidere: ita ut ſi poſſit adverſarius convincere, rem ab adverſario poſſideri, transferat ad ſe poſſeſſionem per judicem, licet ſuam eſſe non adprobaverit. Nov. 18. cap. 10. *Stryk* U. M. tit. de rei vind. §. 19.

([154]) cit. Nov. 18. cap. 10. Auth. Item poſſeſſor C. *qui pot. in pign.* (VIII. 18.)

Klägers befindet, bereits des unerlaubten Vorſatzes, oder eines groben Verſehens rechtlich überwieſen zu achten, ſo erlauben die Geſetze ſtatt weiteren Beweiſes dem Kläger den Schätzungseid — juramentum in litem — Dieſer Eid enthält allerdings eine beträchtliche Abweichung von der Regel des Civilrechts, und iſt als etwas ganz Beſonderes in poenam doli et contumaciae von den Geſetzen vorgeſchrieben. Allein eine ſehr mangelhafte und unbefriedigende Vorſtellung iſt es, wenn man dieſe Abweichung, und das Eigenthümliche des gedachten Eides bloß in dem Gegenſtande, der dadurch beſchworen wird, d. i. dem ſogenannten Affektionspreis, anzutreffen glaubt. Man leſe doch die Geſetzſtellen des Titels: de in litem jurando einmal der Reihe nach durch; kaum beiläufig geſchieht darin jenes Werths der beſondern Vorliebe Erwähnung. Es wird genügen, hier kürzlich in Erinnerung zu bringen, was bei einer andern Gelegenheit (155) bereits über die Sache bemerkt worden iſt. Die ganze Anordnung der Geſetze iſt dieſe; Der Regel nach iſt jeder Kläger ſchuldig, die Thatſachen, worauf ſein Recht beruht, in quali et quan-

(155) Neue allg. D. Bibliothek. Anhang zum 1ſten bis 28ſten Bande 3te Abth. Seite 86.

quanto, gehörig zu beweiſen. Kein Geſetz erlaubt ihm aber, nach der Regel des Civilrechts, als Zeugen in ſeiner eigenen Sache aufzutreten, und bloß durch ſeinen Eid jene Beweisführung zu bewerkſtelligen. Wie aber, wenn eben ein rechtlich erwieſener, wenigſtens dafür anzunehmender, dolus, oder Aktenkundiger Ungehorſam des Beklagten jene Ungewißheit in facto, und den Abgang ordentlicher Beweismittel veranlaßt? z. B. ein Vormund läßt es an der Beibringung eines Inventarii fehlen, und ſetzt dadurch den Pupillen außer Stand, ſein Vermögen zu beweiſen; (156) oder der Kläger hat bereits den Beklagten überführt, daß dieſer Urkunden, die zum Beweiſe gegen ihn hatten gebraucht werden ſollen, abſichtlich auf die Seite geſchafft, oder ihn ſonſt vorſätzlich um das Seinige gebracht habe. In dieſen und ähnlichen Fällen iſt es, wo die Geſetze zur Strafe des Beklag-

(156) L. 7. pr. D. *de admin. et per tutor.* (XXVI. 7) Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo feciſſe videtur: niſi forte aliqua neceſſaria et juſtiſſima cauſa allegari poſſit, cur id factum non ſit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione eſt, ut teneatur in id quod pupilli intereſt: quod ex jurejurando in litem aeſtimatur.

klagten dem Kläger geſtatten, den Gegenſtand ſeines Rechts eidlich ſelbſt zu beſtimmen. Allerdings kann der Kläger nun auch bei dieſem Eide auf alles Rückſicht nehmen, was ihm durch den Beklagten entgeht, mithin auch auf den Werth der beſondern Vorliebe — pretium affectionis — den gewiſſe Sachen nach unverwerflichen Gründen für ihn hatten, kurz auf ſein perſönliches Intereſſe in ſeinem ganzen Umfange. Dies alles iſt eine natürliche Folge jener einſeitigen Beſtimmung, welche dem Kläger, gleichſam als Richter und Zeugen in ſeiner eigenen Sache, zur Strafe des Beklagten freigegeben iſt; aber keineswegs erſchöpft die Zuläſſigkeit der Schätzung eines Objekts nach jenem beſondern Werthe den eigenthümlichen Begriff des gedachten Eides. Außer den Fällen nun, wo dem Beklagten ein widerrechtlicher Vorſatz, demſelben gleich zuſchätzende culpa lata, oder Ungehorſam ſchon als erwieſen zur Laſt fällt, muß der Kläger ſein Recht oder ſeine Forderung an ſich, und den Belang derſelben gehörig beweiſen, oder gewärtigen, daß der Beklagte nach der bekannten Regel: actore non probante etc. losgeſprochen werde (157). Dieſer

(157) L. 2. C. de *in litem jur.* (V. 53.) Is, qui rationem tutelae ſeu curae repoſcit, invitus in litem

ſer wahre Geſichtspunkt, woraus die Sache zu beurtheilen iſt, ergibt nun auch deutlich, warum der Eid in litem, als Strafe des Beklagten, nach den Grundſätzen des Römiſchen Civilrechts, nicht gegen die Erben Statt findet, wenn nicht vorher ſchon bei Lebzeiten des Erblaſſers der Prozeß angefangen iſt ([158]), warum es ferner der Willkühr des Klägers überlaſſen bleibt, ob er ſich dieſes beſondern Rechts der eidlichen Beſtimmung des Seinigen

tem jurare compelli non poteſt: ſed volens ita demum audiendus eſt, ſi heres per longam ſucceſſionem tutoris inſtrumenta pupillaria dolo, vel circumveniendi pupilli gratia, exhibere non vult. Sin vero neque dolus, neque lata culpa, neque fraus heredis convincitur, omiſſa jurisjurandi facultate judex de veritate cognoſcet: quae etiam argumentis liquidis inveſtigari poteſt.

([158]) L. 4. C. de in lit. jurando (V. 53.) verb. heres ejus ita demum, ſi reperta (ſc. inſtrumenta) in hereditate dolo malo non exhibeat Sed cum adverſus ipſum tutorem litem conteſtatam eſſe dicatis, transferentibus vobis 'in heredes ejus actionem, Praeſes provinciae partes ſuas exhibebit: non ignorans, niſi exhibeantur inſtrumenta, quatenus juxta formam conſtitutionum partes ſuas debeat moderari. L. 5. *ibid.* *Hellfeld* jurispr. for. §. 816.

nigen bedienen, oder im ordentlichen Wege Rechtens den Belang ſeiner Forderung ausmachen wolle ([159]) u. d. m. Natürlich iſt mit dieſem Eide in litem der Schätzungseid nicht zu vermiſchen, der dem Kläger im Wege der ordentlichen Beweisführung freigelaſſen wird, um einen nicht zulänglichen Beweis dadurch zu ergänzen.

([159]) cit. L. 2. C. de in lit jur. (Note 157.) L. 71. D. de R. V. (VI 1.) Quod ſi poſſeſſor quidem dolo fecit, actor vero jurare non vult, ſed quanti res ſit, adverſarium condemnari maluit: mos ei gerendus eſt. *Hellfeld* ibid. § 814. *Berger* elect. diſcept. for. tit. 31. obſ 2. art. 3. pag. 752. *Leyſer* med. ad Pand. 146. 4.

I. Re-

I.

Regiſter

über die vorzüglichſten Materien.

Die Römiſchen Zahlen bezeichnen die Abhandlung; die kleinern die auf dem Rande befindlichen Nummern.

A.

Actum — id quod actum eſt, Erklärung dieſes Ausdrucks II. Note 2.

Advokat ſ. Anwalt.

Affirmans, *affirmatio* ſ. Bejahung.

Anaſtaſianiſches Geſetz — Wer daraus eine Einrede hernimmt, muß beweiſen, daß der Ceſſionar weniger bezahlt habe, als er jetzt fordert. VI. 29.

Anwalt — Advokat, Sachwalt — Was ein gehörig bevollmächtigter Anwalt vorträgt, muß die Partei gegen ſich gelten laſſen. IV. 14.

Was ein nicht gehörig Bevollmächtigter vorträgt, iſt ohne Genehmigung der Partei unwirkſam. IV. 14.

deren Rechtsirrthümer muß der Richter ex officio verbeſſern. IV. 12. vergl. Irrthümer der Advokaten.

Von dem Widerruf der durch ſie abgelegten Geſtändniſſe. IV. 13. vergl. Geſtändniß.

Muß bei der Frage: was bewieſen werden müſſe? genau prüfen, was zur Begründung eines Rechts gehört. II. 8.

B.

B.

Bejahung — Widerlegung des Satzes: wer etwas bejahet, muß beweiſen, nicht der Verneinende. VI 9. 10.

Geſetze des Römiſchen Rechts, welche durch eine unrichtige Erklärung zu dieſem Satze Veranlaſſung gegeben haben. VI. 12.

Geſetze des Canoniſchen Rechts in dieſer Rückſicht. VI 13. vergl. *negativa*, auch Verneinung

Erklärungen anderer Rechtslehrer und Verſuche, dieſen Satz aufrecht zu erhalten. VI 14. 15.

Nähere Erklärung darüber, was eigentlich bejahende und verneinende Sätze seyn würden. VI. 15.

Bekenntniß — die Vorſchriften der P. G. O. Carls V. darüber, können im Civilprozeſſe nicht in Anwendung kommen. IV. 5.

Beklagter — kann ſchon dadurch, daß der Kläger nichts beweiſet, ein günſtiges Urtheil erhalten. VI. 6

In zweifelhaften Fällen muß der Richter für ihn ſprechen. V. 10.

— muß beweiſen, wenn er den faktiſchen Grund der Klage zugeſtanden, und dagegen nur Einreden vorgeſchützt hat. VI. 37. a. ſ. auch Einreden.

— muß die Einreden, welche er in Form einer Verneinung der anticipirten Replik vorgebracht hat, beweiſen. VI. 34.

— muß die durch die Replik des Klägers beſtrittenen Einreden beweiſen. VI. 38. b.

— muß die in der Duplik näher ausgeführten Einreden, ſo wie die eigentliche Duplik beweiſen VI. 39. b d.

— Fälle, in welchen er zur Strafe die Laſt des Beweiſes übernehmen muß. VI. 46. 3.

— der wider die Wahrheit einen Beſitz ableugnet, muß die Sache abtreten und ſein Recht beweiſen. VI. 46. 3.

— der als dritter Beſitzer eines Pfandes das Eigenthum des Klägers leugnet, muß die Sache abtreten, und ſein beſſeres Recht beweiſen. VI. 46. 3.

Beneficium abſtinendi — Legatarien und Gläubiger, welche den ſuis heredibus das beneficium abſtinendi ſtreitig machen, müſſen deren Immixtion beweiſen. VI. 28.

Beſchädigte — der von einem andern, der zur Abliefe- rung gewiſſer Sachen verbunden war, den Schaden er- ſetzt verlangt, braucht nur das Daſeyn eines Contrakts, der dies mit ſich bringt, zu beweiſen. VI. 21 ſ. Kläger.
Beſitz — befreit vom Beweiſe. V 10.
von der Vermuthung für deſſen rechtmäßige Erwer- bung. V. 10. ſ. Vermuthung.
Beweis — Begriff. I. 2.
— wird geführt, um den Richter als Richter zu über- zeugen. I 3.
— Quellen der Regeln für den Beweis und deſſen Führung. I. 5.
— Anordnungen der Geſetze in dieſer Rückſicht. I. 6.
— Ein freiwilliger Beweis, der unerheblich iſt, darf vom Richter nicht zugelaſſen werden. II. 10.
— Laſt des Beweiſes. I 4.
— Ein geführter Beweis macht nur unter den Par- teien, nicht gegen einen Dritten förmliche Wahrheit III. 1. Ausnahmen hievon. ebendaſ.
— Von der Nothwendigkeit des Beweiſes kann nur die Rede ſeyn, wenn die Entſcheidung der Sache von deſſen Führung oder Nichtführung abhängt. VI. 6.
— Nothwendigkeit der Trennung der Beweiſe der Klage, der Einreden u. ſ. w. VI 37. 38. 40.
— Wenn der Beweis angetreten und fortgeſetzt iſt, ſo muß darüber erkannt werden, ob er geführt iſt oder nicht, und was das Eine oder das Andere für Wirkungen hat. VI. 37.
Beweiſen — Begriff I. 1.
Wer muß beweiſen? Allgemeine Regel. VI. 1. 2.
— Nähere Begründung derſelben. VI. 7.
— Ausnahmen davon. VI 46.
— Die Lehren anderer Rechtslehrer über dieſe Frage, und das Unzutreffende derſelben VI. 3. 4.
— Worauf der Richter bei Entſcheidung über dieſe Frage ſehen müſſe. VI. 37.
— Wer facta anführt, die die Begründung der Abſicht des Gegners betreffen, braucht ſolche nicht zu beweiſen. VI. 41.

— Wer ein gültiges Geſtändniß für ſich hat, braucht den eingeräumten Umſtand nicht weiter zu beweiſen. IV. 2. ſ. Geſtändniß.
— Schriftſteller über die Frage: wer muß beweiſen? I. Note 5.
Was muß bewieſen werden? und zwar 1) im Allgemeinen. II 1. A. und 2) in Beziehung auf einzelne gegebene Fälle. II 1. B.
In wiefern Rechtsſätze erwieſen werden müſſen. II. 2. 3. ſ. Rechtsſätze
Was ſchon erwieſen iſt, bedarf keines neuen Beweiſes. III. 1.
Was nicht zur Sache gehört, darf nicht bewieſen werden. II 7.
Was nicht zur Begründung eines Rechts gehört, darf nicht zum Beweiſe verſtellt werden. VI. 41.
Bloße Beſtreitung des Klagegrundes, wenn ſolche gleich exceptio genannt ſeyn mochte, muß dem Beklagten zu beweiſen nicht aufgegeben werden. VI. 35.
Zur Auferlegung des Beweiſes wird nicht immer eine beſtimmte Behauptung erfordert. VI. 41.
Beweis des Gegentheils ſ. Geſtändniß, imgleichen Vermuthung.
Beweiserkenntniß — der Richter iſt hiebei nicht an die von den Parteien vorgebrachten Fakta gebunden. II. 12.
— Ueber deſſen Wirkung. II. 7.
— Ueber die Form deſſelben. II 11.
— Form des Beweiserkenntniſſes, wenn der Beklagte die faktiſchen Gründe der Klage beſtritten hat IV. 37.
— Imgleichen wenn der Beklagte den faktiſchen Grund der Klage zugeſtanden, und dagegen Einreden vorgeſchützt hat. VI 37 a
— Wenn der Kläger die Klage bewieſen, und der Beklagte Einreden vorgeſchützt hat. VI. 37.
— Wenn der Beklagte die Einreden bewieſen hat, welche durch die eigentliche Replik angefochten ſind. VI. 38. d.
— Wenn eine Replik im eigentlichen Verſtande vorgebracht iſt. V. 38.
— Wenn die Klage und die Replik erwieſen ſind, dagegen aber eine eigentliche Duplik vorgebracht iſt. VI. 39.

Unrichtige Form des Beweiserkenntniſſes. VI. 41.
Beweisführung — I. 1.
— deren Ordnung. VI. 37 — 40.
— beim qualificirten Geſtändniſſe. VI. 42 — 45.
Beweisſatz — Ueber die genauere Beſtimmung deſſelben. II. 11. und zwar 1) bei einzelnen Handlungen. II. 11. 1. 2) bei allgemeinen Verhältniſſen II. 11. 2.
— worauf es bei Beſtimmung deſſelben ankommt. VI. 17. nähere Erläuterung hierüber. VI. 18.
Bei Beſtimmung deſſelben muß der Richter darauf ſehen, was zur Begründung eines Rechts erfordert wird, nicht auf affirmative und negative Sätze. VI. 16.

C.

Condictio indebiti — Wer dieſe anſtellt, muß der Regel nach den Beweis der Nichtſchuld führen. VI. 11.
— Wenn ſolche von Minderjährigen und andern des Rechts unkundigen Perſonen angeſtellt wird, ſo muß der Beklagte den Beweis der Schuld führen. VI. 46. 2.
— Wenn dagegen der Empfang des Geldes geleugnet, und dieſer erwieſen wird, ſo muß der Beklagte den Beweis über das Daſeyn der Schuld übernehmen. VI. 46. 3.
Confeſſio in jure. IV. 10. ſ. Geſtändniß.
Contrahent — braucht nur das Daſeyn des Contrakts, nicht die Fähigkeit des Gegners zur Schließung deſſelben zu beweiſen. VI. 18.
Culpa ſ. Fahrläſſigkeit.

D.

Dolus — deſſen Beweis VI. 21. ſ. Fahrläſſigkeit.
Duplik — ſ. Form des Beweiserkenntniſſes und Beklagter.
absque novis dupliciren. In wiefern dies dem Beklagten auferlegt werden könne. VI. 40.

E.

Einreden — deren Beweis iſt kein Gegenbeweis I. Note 4. und kann daher nicht in den Gegenbeweis des Beklagten gezogen werden. VI. 37.
— müſſen bewieſen werden, wenn die Klage zugeſtanden oder bewieſen iſt VI. 37.
— Die auf Rechtsfragen geſtützt ſind, können nicht als illiquid verworfen werden II. 6.
— Die Einrede des nicht erfüllten Contrakts bringt den Beweis auf den Kläger. VI. 27. Gründe hiefür. VI. 36. Nicht aber, weil ſie eine Verneinung iſt VI. 11.
— Die Einrede des nicht erfüllten Contrakts iſt im Executivprozeß zuläſſig. VI. 27.
— Exceptio non rite impleti contractus muß der Beklagte beweiſen. VI. 27.
— Exceptio rei non ſic ſed aliter geſtae VI. 36.
Erbe — muß d. Wahrheit d. Enterbungsurſ. beweiſen. VI. 26.
— muß beweiſen, daß der Teſtator, wenn er im Teſtament und im Codicill Jemanden eine gleiche Summe vermacht, er nur eins und daſſelbe gemeint habe. VI. 19. ſ. Legatar.
Error ſ. Irrthum — auch Anwalt.
Excipiens non confitetur — Erklär. dieſes Satz. IV. 16. 17. 18. Die Lehre anderer Rechtslehrer hierüber. VI. 17.

F.

Fahrläſſigkeit — über den Beweis des dolus und der culpa. VI. 21
Der größere oder geringere Grad der Fahrläſſigkeit, welchen Jemand präſtiren muß, hat auf Beſtimmung der Frage: wer beweiſen muß? keinen Einfluß. VI. 25.
— der Kläger muß nur dann den Vorſatz oder die Fahrläſſigkeit erweiſen, wenn er wirklich eine Klage anſtellt, die dies mit ſich bringt. VI. 24.
— der Beſchädigte, der einen Andern in Anſpruch nimmt, der nicht zur Aufbewahrung oder Vorſorge ſeiner Sachen verbunden war, muß den Vorſatz oder die Fahrläſſigkeit des Beklagten beweiſen. VI. 21. — Verlangt er von Jemanden, der zur Ablieferung ſeiner Sachen verbunden war, den erlittenen Schaden erſetzt, ſo braucht er nur das Daſeyn eines ſolchen Contrakts zu beweiſen. VI. 21 22.

Fahrläſſigkeit der Anleiher und Miether muß beweiſen, daß die geliehene oder gemiethete Sache nicht durch ſeine Schuld zu Grunde gegangen iſt. VI. 22.
— der Kläger muß die Verſchuldung des Beklagten erweiſen, wenn dieſer Thatſachen beigebracht hat, welche ihn von der Verantwortlichkeit befreien. VI. 25.
— Wer zur Aufbewahrung gewiſſer Sachen verbunden war, muß deren nicht verſchuldeten Untergang beweiſen. VI. 21.
Form und Gültigkeit der Geſchäfte. ſ. Geſchäfte.

G.

Gegenbeweis — Begriff. I. 2.
— Iſt nicht aufzugeben, ſondern freizulaſſen. VI. 37. 38. 39.
— Der Beweis der Einreden und Replik iſt kein Gegenbeweis. I. Note 4. VI. 37.
Geſchäfte — Findet eine Rechtsvermuthung für die Gültigkeit rechtlicher Geſchäfte Statt. VI. 31.
— Wer aus der Gültigkeit eines Geſchäfts Rechte und Befreiungen geltend machen will, muß die Beobachtung der geſetzlichen Form beibringen. VI. 30
— Wer aus der Ungültigkeit eines Geſchäfts Rechte und Befreiungen geltend machen will, muß den Grund ſeiner Anſprüche beweiſen. VI. 31
— Wer gegen einen Minderjährigen auf Erfüllung eines Contrakts klagt, muß die Beobachtung der geſetzlichen Form beibringen. VI. 32.
Geſtändniß — Begriff. IV. 1.
— Deſſen nähere Beſtimmung bei Streitſachen. IV. 2.
— Nicht jede Erzählung oder Aeußerung, welche Jemand von ſich oder Dingen, die ihn betreffen, gemacht hat, beweiſet gegen ihn. IV. 3
— Eintheilung der Geſtändniſſe in gerichtliche und außergerichtliche, iſt nicht allein hinreichend, um die Glaubwürdigkeit zu beſtimmen. IV. 3.
— Eintheilung derſelben in unbedingte oder einfache und bedingte oder qualificirte. IV. 20. VI. 42
— Das ſtillſchweigende Geſtändniß, worauf man ſich in Gerichten häufig beruft, iſt ohne geſetzliche Sanction. IV. 19.

Geſtändniſſe — Der Richter kann nur das als zugeſtanden annehmen, was durch ausdrückliche und beſtimmte Erklärung anerkannt iſt. IV. 16.
— Iſt das Geſtändniß den Beweismitteln beizuzählen. IV 4.
— Worauf es bei der Glaubwürdigkeit der Geſtändniſſe ankommt IV. 3.
— die Wirkung der Geſtändniſſe iſt durch die gemeinen in Deutſchland geltenden Geſetze nicht genau beſtimmt. IV. 5.
— das Römiſche und Canoniſche Recht handeln nur von den Geſtändniſſen vor der Obrigkeit. IV. 5. Von außergerichtlichen nur bei Gelegenheit der Handſchriften. IV. 5.
— die Vorſchriften der P. G. O. vom Bekenntniß finden im Civilprozeß keine Anwendung. ebendaſ.
— Beweiskraft der Geſtändniſſe. IV. 6.
— Ob ſie eine Verbindlichkeit wirken ebendaſ.
— Ob die Wirkung des Geſtändniſſes in dem Rechte zur freien Diſpoſition liegt. IV. 9.
— Wer ein gültiges Geſtändniß für ſich hat, braucht den eingeräumten Umſtand nicht weiter zu beweiſen. IV. 2.
— Ein glaubwürdiges Geſtändniß macht der Regel nach förmliche Wahrheit. IV 7. 1.
— Geſtändniſſe, die nicht die Bedingungen der Glaubwürdigkeit mit ſich führen, haben auch nicht die volle Beweiskraft. IV. 7. 2.
— Bei den Geſtändniſſen in unſern Gerichten finden die Wirkungen, welche das Römiſche Recht in Anſehung confeſſionis in jure, beſtimmt hat, nicht Statt. IV 10.
— Geſtändniſſe wirken der Regel nach kein förmliches Recht. IV. 7. Ausnahme hievon 1) durch Privatdiſpoſition IV. 8. 2) durch die Geſetze. IV. 10
— Auch außergerichtliche Geſtändniſſe haben Beweiskraft. IV. 3. Einſchränkung dieſer Regel in Anſehung des Darlehns, des Brautſchatzes und der Quittungen. IV. 7. 1.
— qualificirtes oder bedingtes Geſtändniß und über deſſen ſogenannte Theilung. VI. 42. u. ſ. w.
— In wiefern das qualificirte Geſtändniß demjenigen, der es ablegt, die Verbindlichkeit auflege, den vom Gegner beſtrittenen faktiſchen Umſtand zu beweiſen. VI. 42.

Geſtändniß — Wenn durch ein qualificirtes Geſtändniß die Klage oder Einrede nicht in ſo weit als dieſe zur Begründung eines Rechts gehört, eingeſtanden wird, ſo muß ſie bewieſen werden. VI. 42. Ausnahme hievon VI 42.
— Wenn durch ein qualificirtes Geſtändniß das, was zur Begründung der Klage oder Einrede gehört, eingeſtanden wird, und nur Beſchränkungen angeführt werden, ſo müſſen dieſe bewieſen werden. VI 42. 44.
— Einige Rechtsfälle vom qualificirten Geſtändniß. VI. 45.
Widerruf der Geſtändniſſe. IV. 11.
— der durch den Sachwalt u. a. m. abgelegten Geſtändniſſe IV 12.
— Von dem Erfolg eines ſolchen Widerrufs. IV 13. 14.
— Wer das von dem Sachführer Vorgebrachte innerhalb dreier Tage widerruft, iſt vom Beweiſe des Gegentheils frei. IV. 13.
— Nach dieſer Zeit muß er den Beweis des Gegentheils übernehmen. IV. 13
— Auch bei glaubwürdigen Geſtändniſſen findet der Beweis des Gegentheils Statt, bis ſie in Rechtskraft getreten ſind. IV. 7. 3.
— Auch gegen ein aus Irrthum abgelegtes Geſtändniß in eben dem Falle. IV 11.
Gewohnheitsrecht — muß bewieſen werden. II. 3. ſiehe Rechtsſätze.

J.

Jmmixtion muß von Gläubiger und Legatarien bewieſen werden, die den ſuis heredibus das beneficium abſtinendi beſtreiten. VI. 28.
Interlocut auf Beweis darf nicht erlaſſen werden, wenn definitive erkannt werden kann. II 9
Irrthum — Rechtsirrthümer müſſen vom Richter ex officio verbeſſert werden IV. 12.
— in Anſehung des facti kann bis zur rechtskräftigen Entſcheidung von der Partei verbeſſert werden. IV 12.
— Ein aus Irrthum abgelegtes Geſtändniß läßt den Beweis des Gegentheils bis zur rechtskräftigen Entſcheidung zu. IV. 11. ſ. Widerruf der Geſtändniſſe.

Jura-

Juramentum in litem. VI. 46.
— Ob es bloß das pretium affectionis betrifft. VI. 46.
— Findet der Regel nach nicht gegen die Erben Statt. VI. 46.
— Deſſen Gebrauch iſt dem Kläger überlaſſen. ebendaſ.
— Findet gegen den Beklagten Statt, der vom Kläger des böſen Vorſatzes oder des groben Verſehens wegen eines erlittenen Schadens überführt iſt. VI. 46.
— Findet gegen den Vormund Statt, der kein Inventarium beigebracht hat. ebendaſ.
Jus ſingulare — Wer ſolches behauptet, muß das Daſeyn der Verhältniſſe, worin es ſich gründet, beweiſen. VI. 18.

K.

Kläger — Prüfung der Regel: der Kläger muß beweiſen. VI 6—8.
— muß das Fundament ſeiner Klage beweiſen, wenn ihm der Beklagte nicht alles eingeräumt hat. V . 6.
— muß beweiſen, wenn der Beklagte das Fundament der Klage geleugnet, und Einreden vorgeſchützt hat. VI. 37. b.
— kann den Ausflüchten des Beklagten ſogleich in der Klage das Nöthige entgegenſetzen. VI. 34.
— Braucht ſeine eigentliche Replik erſt nach dem Beweiſe der Einreden zu bewahrheiten. VI. 38 c.
— Wenn in der Replik die Einreden zugeſtanden werden, ſo muß der Kläger jene mit der Klage zugleich beweiſen. VI. 38.
— Wenn ihm die Schutzreplik geleugnet wird, ſo muß er ſolche beweiſen. VI. 39. c.
— Wenn ihm die Replik auch eingeſtanden wird, ſo iſt dadurch noch nicht der Klagegrund zugeſtanden, vielmehr muß er dieſen noch beweiſen. VI. 39. c.
— Wenn gegen die eigentliche Replik eine Schutzduplik vorgebracht wird, ſo muß der Kläger jene beweiſen. VI. 39. a.

L.

Laſt des Beweiſes ſ. Beweislaſt.
Legatar — muß beweiſen, wenn ihm in einem Teſtamente eine Summe mehrere Male vermacht iſt, daß der Teſtator das Vermächtniß ihm wirklich doppelt beſtimmt habe. VI. 19. ſ. Erbe.

M.

Mandatarius muß beweiſen, daß er das übernommene Geſchäft mit ſeinem Fleiße nicht habe beſorgen können. VI. 23.
— muß die Unmöglichkeit der Ausführung der übernommenen Geſchäfte, oder womit er ſich ſonſt zu ſchützen glaubt, beweiſen. VI. 21. 23.
Minderjährige, ſiehe auch Pupill — der eine Veräußerung anfechten will, muß deren Ungültigkeit beweiſen. VI. 32.
— Wenn gegen ihn auf Erfüllung eines Contrakts geklagt wird, ſo muß die Beobachtung der geſetzlichen Form bewieſen werden. VI. 32.

N.

Negativa ſ. Verneinung.
— deren Eintheilung in negativas juris, qualitatis, facti definiti. VI. 1. 14.
Negatorienklage. VI. 46.
Notoriſch — Prüfung der Lehre, daß es keines Beweiſes dürfe. III. 2.
— das Römiſche Recht weiß nichts hievon. III. 2.
— das Canoniſche Recht iſt mehr dafür. ebendaſ.
— die P. G. O. Carls V. iſt dagegen. III 2.
— Das Verfahren in criminalibus hat ſich in dieſer Rückſicht der Gerechtigkeit genähert. ebendaſ.
— Ueber das Mißliche der hiedurch begründeten Ausnahme. III. 2.
— Wenn man darunter verſteht, was ſchon aus den Akten erhellt, ſo iſt der Satz: daß das Notoriſche keines Beweiſes

weiſes bedürfe, mit der Regel: daß erwieſene Thatſachen keinen weitern Beweis erfordern, identiſch. III. 2.
— Wenn man darunter verſteht, was allgemein bekannt iſt, ſo führt er zu Unrichtigkeiten. III. 2. Nur bei proviſoriſchen Verfügungen kann der Richter hierauf Rückſicht nehmen. ebendaſ.
— Wenn etwas als allgemein bekannt beſtritten wird, ſo muß nicht das Daſeyn der Notorietät, ſondern der behauptete Umſtand ſelbſt bewieſen werden. III. 2.

O.

Obrigkeit, wenn ſie actione ſubſidiaria belangt wird, muß beweiſen, daß die von ihr beſtellten Vormünder, zur Zeit der Beſtellung ſicher und gut waren. IV. 20.
Onus probandi, ſ. Beweislaſt.

P.

Pertinenzien, ſ. Zubehör.
Pfandgläubiger, ſ. Rechtsvermuthung.
Pfandinhaber, ſ. Beklagter.
praeſumtio — Eintheilung in praeſumtiones juris, hominis und juris et de jure. V. 1. Vergl. Rechtsvermuthung und Vermuthung.
Privilegien — wer ſolche behauptet, muß beweiſen. II. 3. ſ. Rechtsſätze.
Worauf dieſer Beweis zu richten iſt. II. 3.
Pupill — muß beweiſen, daß eine Anleihe nicht vom Vormund zu ſeinem Beſten verwandt ſey. VI. 11.

R.

Recht — Wer ein beſonderes Recht behauptet, muß die Verhältniſſe, worin es ſich gründet, beweiſen. VI. 18.
Rechtsfragen und faktiſche. II. 4.
— Können nicht zur beſondern Verhandlung verwieſen werden. II. 6.

Rechts=

Rechtsfragen — Darauf geſtützte Einreden können nicht als illiquid verworfen werden. II. 6.
Rechtsſätze brauchen dem Richter nicht bewieſen zu werden. II. 2. 3. Ausnahmen hievon, und zwar 1) bei den Geſetzen eines andern Staats. II. 3. 2) bei Privilegien und Gewohnheitsrechten. II. 3.
Rechtsvermuthungen, ſ. Vermuthungen.
— Begriff. V. 1.
— Was dazu erfordert wird. V 3.
— Sie wirkt proviſoriſche Gewißheit, bis das Gegentheil erwieſen iſt. V. 5.
— Nicht jeder Wahrſcheinlichkeitsgrund wird dadurch, daß die Geſetze ſeiner erwähnen, eine Rechtsvermuthung. V 5. 6 7.
— Nur ſolche Verhältniſſe, wodurch die bei Rechtsvermuthungen vorausgeſetzten Gründe gehoben werden, können den Richter beſtimmen, davon abzugehen. V. 11.
— Wer eine Rechtsvermuthung für ſich hat, braucht nicht zu beweiſen. VI. 46. 1.
— Vom Beweiſe des Gegentheils bei Rechtsvermuthungen. V. 11. Worauf er zu richten iſt. ebendaſ. Kann durch alle andere Beweismittel geführt werden. ebendaſ.
Beſondere Rechtsvermuthungen — Ein Kind, das in einer gültigen Ehe geboren iſt, muß für ein eheliches gehalten werden, ſelbſt wenn die Mutter und der Beklagte den außerehelichen Beiſchlaf eingeſtehen. V. 11.
Der Pfandgläubiger, welcher die weitere Verpfändung des Pfandes bewilligt, begibt ſich des Pfandrechts. V. 11.
— Beurtheilung der Rechtsſätze: quilibet praeſumitur bonus, omne praedium praeſumitur liberum, quaelibet poſſeſſio praeſumitur juſte adquiſita. V. 9.
— Folgen daraus, wenn man den Satz: quilibet praeſumitur bonus, als Rechtsvermuthung gelten laſſen will. V 9. Schneiders Lehre, um die hieraus mit andern Geſetzen entſtehenden Widerſprüche zu heben. ebendaſ.
— Eine eigentliche Rechtsvermuthung für die Rechtmäßigkeit des Beſitzes findet nicht Statt. V. 10.
— Geſetze, welche der Vermuthung: quaelibet poſſeſſio praeſumitur juſte adquiſita entgegenſtehen. V. 10.
— Colliſion der Vermuthungen. V. 12.

Re=

Replik, ſiehe Kläger, imgl. Beweiserkenntniß — deren Beweis iſt kein Gegenbeweis. I. Note 4.
— Wenn ſolche zur Unterſtützung des Klagegrunds dient, ſo gilt von ihr, was bei der Klage Rechtens iſt. VI. 38. a.
Richter kann nur Rechtſätze, nicht Thatſachen ergänzen. II. 5.
— Kann einen Angeklagten, den die Akten als überwieſen darſtellen, und von deſſen Unſchuld er als Menſch überzeugt iſt, nicht abſolviren. II. Note 9.
— Muß genau prüfen, was zur Begründung eines Rechts gehört, um zu beſtimmen, was bewieſen werden muß. II. 8.
— Muß bei Beſtimmung der Frage: wer beweiſen müſſe? darauf ſehen, ob Rechte die eine Partei durch gewiſſe Thatſachen zu begründen ſucht, ſchon jetzt geltend gemacht werden ſollen. VI. 37.
— Kann nicht ohne hinlängliche Gründe von den Rechtsvermuthungen abgehen. V. 2. S. Rechtsvermuthung.

S.

Schuldner, ſ. Anaſtaſianiſches Geſetz.

T.

Thatſachen, welche zur Begründung der Klage, der Einreden u. ſ. w. gehören, müſſen vom Richter genau beſtimmt werden. VI. 18.
— die die Begründung des Rechts des Gegners betreffen, muß dieſer beweiſen. VI. 41.

V.

Vermuthung, ſ Rechtsvermuthung — Begriff. V. 1.
— Ueber die Unzulänglichkeit der Begriffe Anderer. V. 2.
— Gründe der Vermuthungen. V. 2.

Vermuthung — Unterſchied von Verdacht. V. 1.
— Daraus, daß etwas keine Vermuthung für ſich hat, folgt nicht, daß ſie für das Gegentheil Statt finde. V. 8.
— Auch gemeine Vermuthungen kommen beim Beweiſe des Gegentheils gegen Rechtsvermuthungen in Betracht. V. 11.
— In wiefern ſie zur Verſtärkung anderer Beweisgründe beitragen. V. 8.
— Ob eine Vermuthung für oder wider die Bekanntmachung eines Geſetzes Statt findet. V. 30.
Verneinungen, ſ. Bejahungen.
— Können directe und indirecte rechtlich genügend bewieſen werden. VI. 10.
— Müſſen von jedem bewieſen werden, der ſich darin gründet, wenn ihn die Reihe des Beweiſes trifft.
— Nähere Beſtimmung darüber, was eigentlich bejahende und verneinende Sätze ſeyn würden. VI. 15.
— Beiſpiele, daß Verneinungen bewieſen werden müſſen, ſ. *conductio indebiti*, und Pupill.
— Einige Rechtsfälle. VI. 16.
Verſio in rem muß gegen Communen von dem bewieſen werden, der aus einer den Vorſtehern derſelben ohne ihren Beſchluß gemachten Anleihe klagt. VI. 11.
— der Pupill muß die nicht geſchehene Verſion einer klagbar gemachten Forderung beweiſen. ebendaſ.
Vormund — Was vermuthet wird, wenn er Pupillengelder zinſenlos hat ſtehen laſſen. V. 10.
— Gegen ihn findet juramentum in litem Statt, wenn er kein Inventarium beibringen kann. VI. 46.

W.

Widerruf der Geſtändniſſe, ſ. Geſtändniſſe.

Z.

Zubehör — Der Käufer und Pachter muß beweiſen, daß ein ſtreitiges Stück mit zum Gegenſtand des Contrakts gehöre. VI. 33.
— Verkäufer und Verpächter müſſen die Ausnahmen vom Contrakt beweiſen. ebendaſ.

II. Ver-

II.

Verzeichniß

der erklärten Geſetzſtellen.

Die Römiſchen Zahlen bezeichnen die Abhandlung, die kleinen Zahlen die Noten. Die im Text allegirten Geſetze ſind durch No bezeichnet, und deutet die dabey ſtehende Zahl auf die Randzahlen hin.

Ex jure civili Romano.

Ex Inſtitutionibus.

§. ult. de fidejuſſor. VI. 119.
§. 3. de inutil. ſtipulat. VI. 51.
§. 9. ibid VI. 114. 119.
§. ult. de interdict. VI. 20 a.

Ex Pandectis.

L. 12. de ſtatu homin. V. 27.
— 25. ibid. III. 3.
— 6. de his qui ſui etc. V. 2.
— 3. § 1. de off. praef. Vigil. V. 9.
— 6. §. 1. de off. praeſid. III, 9.

L. 2.

II. Verzeichniß der erklärten Geſetzſtellen.

L. 2. §. 1. de pact. V. 5.

— 62. de judiciis. VI. 19.

— 66. ibid. VI 92

— 17. §. 1. de inoff. teſtam. III. 3.

— 18. eod III. 3.

— 45. de hered. petit. VI. 11 b.

— 71. de R. V VI. 159.

— 80. eod. VI. 153.

— 3. §. 1. de Publ. in rem act. V. 18.

— 13. §. 2. eod. VI. No. 32.

— 8. §. 3. ſi ſervit. vindicet. VI. 19.

— 23. § 11. ad Leg. Aquil. VI. 17.

— 25. eod IV. 17.

— 27. de reb. credit VI. 54.

— 3 §. 1. commod. VI. 84.

— 5. §. 1. mandati. VI. 89.

— 6 §. 1. eod. VI. 89.

— 23. 24. 25. eod. VI. 90.

— 27. §. 2. eod VI. 88.

— 51. pro ſocio. V. 13.

— 11. de per. et comm. rei vend. VI. 95.

— 9. § 4. locati. VI 84.

— 12. § 4. qui pot. in pign. V 25.

— 12. pr. Quib. mod. pign. vel hyp. ſolv. V. 24.

— 31. §. 21. de aedil. edicto. V. 7.

— 1. de probat. VI. 20.

— 2. ibid. VI. 12.

— 4 ibid. VI. 77.

— 5. pr. eod. II. 1.

— 5. §. 1. eod. VI. 32. 120.

— 8. eod. VI. 21. 22.

— 11. eod VI. 16.

— 12. eod. VI. 34.

— 14. eod. VI. 17. 19. 33.

— 15. eod. VI. 23. 77.

— 17. eod. VI 24.

— 18. §. 1. eod. V. 13. VI. 25.

— 18. §. 2. eod. VI. 26.

— 19. pr. eod. VI 1 a. 34.

— 19. §. 1. eod. VI. 27. 90.

L. 19. §. 1. eod. II. 1. VI. 27.
— 20. eod. VI. 22.
— 21. eod. VI. 18.
— 22. eod. VI. 28.
— 24. eod. V. 3.
— 25. pr. eod. VI. 29. 152.
— 25. §. 1. eod. VI. 151. u. No. 32.
— 25. §. 4. eod. IV. 5.
— 26. eod. V. 8.
— 29. §. 1. eod. V. 29.
— 1. §. fin. de agnoſc. vel al. lib. III. 2.
— 2. L. 3. pr. eod. III. 2.
— 7. pr. de adm. et per tut. VI. 156.
— 13. §. 1. eod. V. 21.
— 1. §. 13. de magiſtrat. VI. 82. u. No. 32.
— 1. §. 2. de reb. eor. qui ſub tut. VI. 125.
— 5. §. 15. eod. VI. 125.
— 11. 12. de adq. vel omitt. hered. VI. 108.
— 20. pr. eod. II. 2.
— 28. pr. de legat. I. IV. 6.
— 34. §. 3. eod. VI. 81.
— 25. de liberat. leg. IV. 6.
— 9. §. ult. de reb. dub. V. 6.
— 15. de novi oper. nunciat. VI. 19.
— 7. §. 5. de lib. cauſa. VI. 19.
— 3. de colluſ. deteg. III. 2.
— 56. de re judic. IV. 15.
— 1. de confeſſ. IV. 12.
— 3. eod. IV. 18.
— 4. eod. IV. 17.
— 5. eod. IV. 18.
— 6. §. 2. eod. IV. 14.
— 6. §. 3. 4. 5. eod. IV. 13.
— 7. eod. IV. 19.
— 8. eod. IV. 18.
— 9. de except. IV. No. 16.
— 10. de V. O. VI. 48.
— 30. eod. VI. 115. 119.
— 11. §. 9. ad Leg. Jul. de adult. V. 29.
— 14. §. 1. de appellat. III. 3.
— 5. §. 1. Quando appelland. VI. 136.
— 5. de R. J. VI. 51.

Ex

II. Verzeichniß der erklärten Geſetzſtellen.

Ex Codice.

L. 7. de jur. et facti ignor. IV. 5.
— 1. de error. advocat. IV. 24.
— 2. eod. IV. 27.
— 3. eod. IV. 23. 25.
— un. ut quae deſunt. advocat. II. 3.
— 1 et 2. ſi adverſ. credit. VI. 53.
— 11. de petit. hered. V. 16.
— un. de prohib. ſequeſtr. pecun. IV. 18.
— 1. de probat. VI. 13.
— 2. eod. VI. 30.
— 3. eod. VI. 82.
— 6. eod. VI. 77.
— 8. eod. VI. 18.
— 11. eod. VI. 31. 81.
— 13. 14. eod. VI. 20.
— 15. eod. VI. 22.
— 16. eod. V 17.
— 17. eod. VI. 22.
— 18. eod. VI. 30.
— 19. eod. VI. 14.
— 23. eod. VI. 77. u. No. 12.
— 5. 13. de fide inſtrument. VI. 11.
— 5. de pignor. act. VI. 84.
— 10. de n. n. p. VI. No. 12.
— 13. eod. IV. 5.
— 22. mandati. VI. 112.
— 3. quando ex facto tutor. VI. 53.
— 2. de in lit. jur. VI. 157.
— 4. eod. VI. 158.
— 15. de furt. V. 15.
— ult §. 1 et 14. de jure deliber. VI. 105.
— 11. de ſentent. et interlocut VI. 137.
— 1. inter alios acta vel jud. aliis non noc. III. 1.
— 9. de except. VI. 14.
— 14. de contrah. vel commit. ſtipulat. IV. 5. VI. 119.
— 15. de ſolut. VI. 148.
— fin. ad Leg. Cornel. de falſ. VI. 14.
— un. de confeſſ. IV. 12.

Ex

II. Verzeichniß der erklärten Geſetzſtellen.

Ex Codice Theodoſiano.

L. 1. de fide teſt. et inſtrum. V. 14.

Ex Pauli recept. ſententiis.

V. 5. 3. — IV. 13.

Ex jure Canonico.

Ex Decretalibus.

C. 23. de elect. VI. No. 13.
— 3. de cauſa poſſeſſionis et proprietatis. VI. No. 13.
— 11. 12. X. de probat. VI. N. 13.
— 14. de fide inſtrument. IV. 5.
— 12. de praeſumt. V. 7.
— ult. eod. V. 13.
— 6. de except. IV. No. 16.
— 44. de appellat. II. 1.
— 8. de collat. clericor. III. 10.

Ex libro 6. Decretalium.

— 2. de in integr. reſtit. IV. 22.
— 1. de confeſſ. VI. No. 13.

Ex jure particulari.

Preußiſche Gerichtsordnung. I. 10. 53. VI. 116.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß

Halle 1805

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.352
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703545-6